Rechtsanwältin Malini Nanda
Fachanwältin für IT-Recht

Informationstechnologierecht



Vorlesung zum IT-Recht
Cottbus, Juni 2013

Aufbau der Veranstaltung

I. Was ist IT-Recht?

- Entwicklung, heutiger Stand und Ausblick

II. Grundlagen

- Kartellrecht, Telekommunikation und Internet-Nutzung, Providerverträge
- Compliance: Ordnungsmäßigkeit der betrieblichen Datenverarbeitung, Datenschutz/Arbeitnehmerdatenschutz, E-Commerce, TMG, UWG, Online-Verträge
- Umgang mit Innovationen
- Überwachung, Kontrolle, Haftung und Strafe – auch für Handlungen Dritter im Internet

III. Rechte & Rechtschutz für Hardware/Software - Allgemeiner Teil – EDV-Vertragsrecht

- Vertrieb und Verträge – Allgemeine Grundlagen
- Gewährleistung
- AGB
- Vertragstypen

V. Besonderer Teil – EDV-Vertragsrecht

- Hardwarevertragsrecht
- Rechtsschutz (Titelschutz, Marken, Raubkopierer, Domains)
- Softwarevertragsrecht

VI. Fragen der Rechtsdurchsetzung

Besondere Fallgruppen

1. Telekommunikation und Internetzugang (Jan Mönikes)

- Leistungs- und Qualitätsklassen (Unterschiede DSL-Verträge)
- Überwachung, Internet und Haftungsfragen,
- E-Commerce (Herkunftslandprinzip, UWG), Pflichtangaben im Internet, Spam

2. Beschaffung von Hardware (Malini Nanda)

- Hardware-Projekt – Kauf
- Hosting/Rechenzentrum, Outsourcing-Verträge, Projektverträge

3. Hardware-Wartung (Malini Nanda)

- Gewährleistung, Service, Ausfall und Garantie
- Versicherung

4. Software (Malini Nanda)

- Kauf von Standardsoftware
- Rechte/Lizenzen, Sonderformen, insb. Software-Entwicklung

5. Urheberrecht, Marken- und Domain-Recht (Malini Nanda)

III. Rechte, Rechtsschutz für Hardware & Software

- **Vertragsrecht – allgemeine Grundlagen**
  - Zustandekommen eines Vertrages
  - Haftung, Gewährleistung
  - AGB
- **Rechteeinräumung**
  - Vertragstypen
    - Kauf
    - Werk
    - Dienstleistung

Vertragsrecht – zivilrechtliche Grundlagen

- Für einen Vertragsschluss sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen nötig:

Angebot + **Annahme**

  - *Abgrenzung zur invitatio ad offerendum = bloße Aufforderung zur Abgabe einer Willenserklärung, Bsp.: Geschäftsauslage, Werbeblättchen, Websiteangebote*

- ***Bsp:*** Soll ein Artikel aus einer Geschäftsauslage gekauft werden, ist erst die Aussage „Ich hätte gerne den Artikel im Schaufenster" das Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags - dies wird durch Verkäufer angenommen.

Vertragsrecht – Erklärung

- Konkludentes (schlüssiges) Verhalten als Erklärung möglich
- Schweigen ist grundsätzlich keine Erklärung
- **Bsp.:** Schweigen auf unbestellt zugesandte Ware
  - Ausnahme: explizite vertr. Vereinbarungen oder übliches Geschäft eines Kaufmanns bei laufender Geschäftsverbindung
  - Aber: auch im Handelsrecht keine generelle rechtserhebliche Bedeutung des Schweigens

Vertragsrecht – Übereinstimmung der Erklärung

- Inhaltliche Übereinstimmung zwischen Angebot und Annahme erforderlich, ggf. durch Auslegung zu ermitteln (wirklicher subjektiver Wille, Empfängerhorizont, Wertungen des Gesetzes)
- Übereinstimmung ist nur bzgl. der wesentlichen Geschäftsinhalte erforderlich, d.h. die Grundlagen des Vertrages müssen bestimmt od. bestimmbar sein:
  - **Bsp.: Parteien, Leistung und Gegenleistung**
- Wirksamkeit der Willenserklärung (Angebot oder Annahme) grundsätzlich mit Zugang beim Adressaten
- **Ausnahme:** Adressat verzichtet auf Zugang (Achtung: kein Verzicht auf die Annahme), § 151 BGB

Vertragsrecht – Formerfordernisse

- **Formerfordernis:** grundsätzlich ist mündlicher Vertragsschluss ausreichend, aber aus Beweissicherungsgründen ist von mündlichen Verträgen abzuraten!
- **Ausnahme:** Andere Form kann vereinbart oder gesetzlich vorgeschrieben sein:
  - **Schriftform:** z. B.: Bürgschaftserklärung
  - **Notarielle Beurkundung** z. B.: Veräußerung von Grundstücken oder GmbH-Anteilen

Vertragsrecht – Erklärungs- &Willensmängel

- **Willensmängel und Irrtümer**
  - Berechtigen zur Anfechtung der Willenserklärung (und damit des Vertrages)
  - Anfechtungsgrund und Anfechtungsfrist:

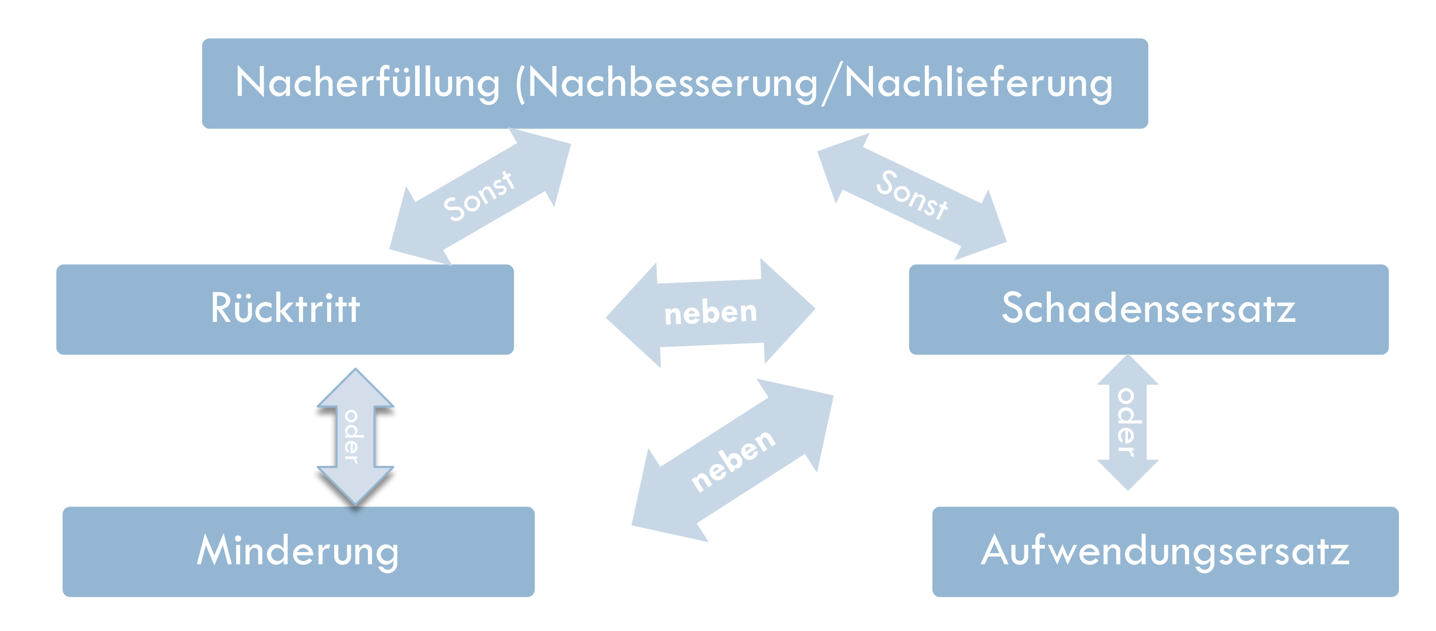
§ 119 Abs. 1 BGB Erklärungs-/Inhaltsirrtum	§ 119 Abs. II BGB Irrtum über Eigenschaften von Personen und Sachen	§ 123 BGB Täuschung, Drohung
• Unverzügliche Anfechtung § 121 Abs. 1 BGB	• Unverzügliche Anfechtung § 121 Abs. 1 BGB	• Jahresfrist § 124 Abs. 1 BGB

- **Rechtsfolge:** Nichtigkeit der Willenserklärung von Anfang an (Ausnahme z. B.: in Vollzug gesetzter Arbeitsvertrag, Gesellschaftsvertrag nur ab Anfechtung, da Vertrauensschutz und Rückabwicklung problematisch)
- **Aber Grundsatz: Auslegung hat Vorrang vor Anfechtung**

Rechteeinräumung – Kaufrecht

Mängel - Gewährleistungsrecht

- Sach- und Rechtsmangel: beides führt zur Nichterfüllung
- Rechtsfolgen – Gewährleistungsansprüche:



Rechteeinräumung – Mangelbegriff

Begriffliches (§ 434 BGB)

- Ein **Sachmangel** liegt vor, wenn:
  - die Sache nicht die **vereinbarte Beschaffenheit** aufweist (Auto ist blau und nicht grün, wie vereinbart)
  - keine Beschaffenheit vereinbart wurde, sich die Sache aber nicht für die nach dem Vertrag **vorausgesetzte Verwendung** eignet (Auto hat keinen Motor)
  - sich die Sache nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und wenn sie nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art **üblich ist** und die der Käufer nach der Art der Sache **erwarten kann.** Bsp.: Branchenstandards
  - der Verkäufer die Sache **fehlerhaft montiert** oder eine mangelhafte **Montageanleitung** beiliegt („IKEA-Klausel“)
  - eine **Falschlieferung** (aluid) und die **Zuweniglieferung** gegeben sind (steht dem Sachmangel gleich. Bsp.: Golf statt Porsche)

Rechteeinräumung – Untersuchungs- und Rügepflicht

- **Sofortige Untersuchungs- und Rügepflicht für Kaufleute § 377 HGB:**
  - Nur bei beidseitigem Handelsgeschäft anwendbar (**beide** Vertragspartner sind Kaufleute)
  - **Unverzügliche Kontrolle** der Ware und **unverzügliche Anzeige** des Mangels
  - **Bsp:** Warenkontrolle direkt nach Wareneingang durch das für die Entgegennahme der Ware zuständige Personal
  - **Unverzüglichkeit:** von Einzelfall abhängig, wird im Regelfall aber wenige Tage nach Lieferung nicht überschreiten
  - **Aber:** Keine Geltung für Verkäufer, wenn Mangel arglistig verschwiegen

Rechteeinräumung – Gewährleistung

- **Gewährleistungsfrist beträgt** grundsätzlich **zwei Jahre**
  - Bei Bauwerken und Baustofflieferungen: **fünf Jahre**
  - Bei *dinglichen Rechten eines Dritten*, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann, und bei sonstigen Rechten an einem Grundstück: **30 Jahre**
  - Bei Arglist: Regelverjährung von **drei Jahren**, bei Bauwerken und Baustofflieferungen jedoch mindestens **fünf Jahre**
  - Bei Rücktritt und Minderung gilt Verjährung des zugrunde liegenden Anspruchs auf Nachlieferung: **zwei Jahre**
- **Beginn:** Kenntnisunabhängig mit der Ablieferung der Sache, bei Grundstücken mit der Übergabe

Rechteeinräumung – AGB

- **Definition:** Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehene und vorformulierte Vertragsbedingungen, die der Verwender der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrags stellt.
- **Bsp.:** Formulare, Bestellscheine, Aushänge
- **Anwendbarkeit:**
  - nur eingeschränkte Anwendung für Arbeitsverträge
  - keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien und Gesellschaftsrechts sowie bei Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen
  - **Achtung:** Formulararartige Verträge können schon ab der ersten Verwendung als AGBs angesehen werden, selbst wenn dies nicht gewollt war.

Rechteeinräumung – AGB

Wirksame Einbeziehung von AGB in den Vertrag

- **Grundsatz** (kumulativ vorliegend zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses)
  - Ausdrücklicher Hinweis auf die AGB oder Aushang am Ort des Vertragsschlusses und
  - Möglichkeit der Kenntnisnahme für die andere Vertragspartei und
  - deren Einverständnis.
- **Ausnahme:** branchenübliche AGB zwischen Unternehmen (hier genügt Aufstellung und Veröffentlichung, ohne Verweis im Einzelfall)
- **Achtung!** Durch Einbeziehung von „Allgemeinen Bestellbedingungen" o.ä. bei Bestellung, wie im B-to-B-Einkauf üblich, können AGB des Lieferanten modifiziert oder gar nicht zur Geltung gelangen. Kein automatischer Vorrang von AGBs oder Einkaufsbedingungen – es gilt, wer auf das „letzte Wort" hin unwidersprochen akzeptiert. In solchen Fällen daher individuelle Absprachen zu empfehlen.

Rechteeinräumung – AGB

- **Wirksamkeit**

§ 309 BGB	§ 308 BGB	§ 307 BGB	§ 305c BGB
• Liste einzelner Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit • keine unbestimmten Rechtsbegriffe und damit richterlicher Wertung entzogen	• Liste einzelner Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit • unbestimmte Rechtsbegriffe und daher richterlicher Wertung zugänglich	• Generalklausel • Unangemessene Benachteiligung • nur anwendbar, wenn sich die Unwirksamkeit nicht bereits aus §§ 309, 308 BGB ergibt oder diese nicht anwendbar sind (vgl. § 310).	• Ausschluss überraschender Klauseln • Zweifel gehen zu Lasten des Verwenders

- **Rechtsfolge:** Unwirksamkeit der ganzen Klausel, keine geltungserhaltende Reduktion!
  - Grundsatz: Vertrag bleibt im übrigen wirksam
  - Ausnahme (unzumutbare Härte): gesamter Vertrag unwirksam

Besondere AGB im EDV-Bereich

- **BVB** – Besondere Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Anlagen und Geräten
  - Ergänzende Vertragsbedingungen der **öffentlichen Hand**
  - Mittlerweile häufig abgelöst durch EVB-IT
- **EVB-IT** – Ergänzende Vertragsbedingungen IT
  - EVB-IT Kauf
  - EVB-IT Dienstleistung
  - EVB-IT Überlassung Typ A (Standardsoftware unbefristet)
  - EVB-IT Überlassung Typ B (Standardsoftware befristet)
  - EVB-IT Instandhaltung (Hardware)
  - EVB-IT Pflege S (Standardsoftware)
  - EVB-IT System (Erstellung eines IT-Systems) – diese stehen unter erheblicher Kritik der Wirtschaft.

Vertragstypen

- **Fall:** *Austauschstudent A geht in der Mittagspause in ein Internetcafe. Dort bestellt er eine Cola und ein Sandwich, surft an einem PC 2 Stunden im Internet und kauft über eBay ein iPhone ohne SIM-Lock und bestellt ein maßgeschneidertes Hemd im Sonderangebot.*
- **Betroffene Vertragstypen:**
  - Getränk und Speisen – **Kauf**
  - Stuhl/PC **- Miete**
  - Internetsurfen - **Dienstleistung**
  - I-Phone - **Kauf**
  - Maßgeschneidertes Hemd -**Werk**

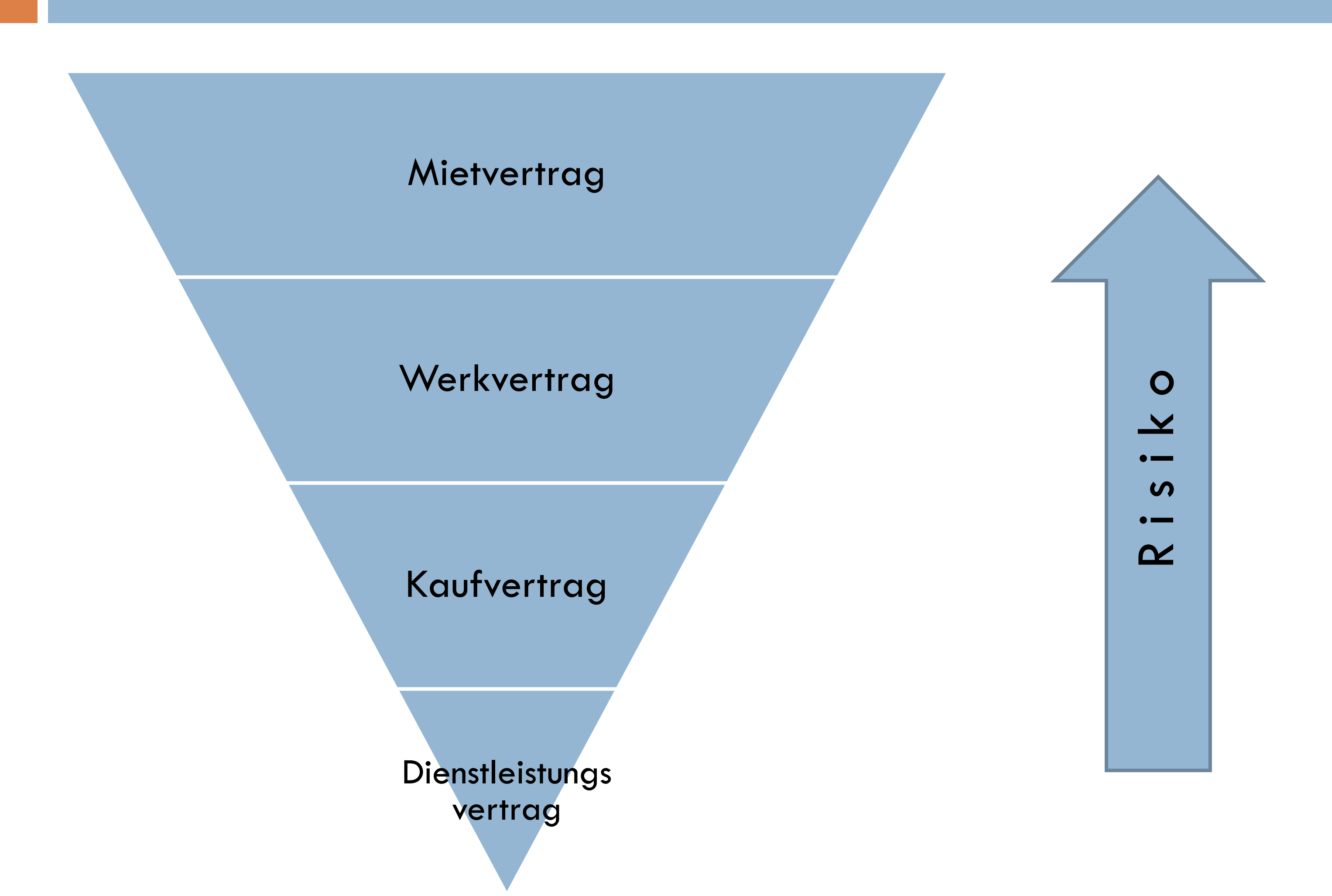
Vertragstypen - Leistungsgegenstände

- **Kaufvertrag (§ 433 ff BGB):** geschuldet wird die ordnungsgemäße und mangelfreie **Eigentumsverschaffung** an der Kaufsache gegen Entgelt.
- **Mietvertrag (535ff BGB):** geschuldet wird die ordnungsgemäße und mangelfreie **Gebrauchsüberlassung** der Mietsache gegen Entgelt .
- **Dienstleistung (611ff BGB)**: geschuldet wird die (erfolgsunabhängige!) ordnungsgemäße **Leistung des Dienstes** gegen Entgelt.
- **Werkvertrag (§ 631 ff BGB)**: geschuldet wird die Erstellung eines mangelfreien **Werks** gegen Entgelt.
- **Viele Verträge im IT-Recht enthalten gemischte Elemente, z.B. Kauf- und Werkelemente – in diesen Fällen meist differenzierte Betrachtung.**

Vertragstypen – EDV-Bereich

- **Hardware:**
  - Kaufvertrag
  - Mietvertrag
  - Leasingvertrag
- **Hardwarewartung:**
  - Wiederherstellungsverpflichtung – Werkvertrag
  - Services, Monitoring – Dienstvertrag
- **Standardsoftware:**
  - Auf Dauer gegen Einmalentgelt – Kaufvertrag
  - Mietvertrag
  - „Lizenz“, evtl. auch Leasingvertrag/Rechtspacht
- **Softwareerstellung/Softwareanpassung/Pflege:**
  - Werkvertrag
  - Dienstvertrag

Vertragstypische Risiken - Sicht des IT-Unternehmens



„Den IT-Vertrag“ gibt es nicht …

- Der IT-Vertrag nebst diversen Leistungsbeschreibungen und Service Level Agreements (SLA) soll eine Vielzahl verschiedener IT-Leistungen regeln, z.B. Beschaffung und Betrieb von Hardware, Migration, Erbringung von Rechenzentrumsleistungen, Wartung/Pflege, Support, Consulting, Lizenzierung von Software, etc.
- Kein einheitlicher Vertragstypus „IT-Vertrag“, sondern **Mischung** aus Werk-, Dienst-, Miet- und Kaufvertrag, oftmals Dauerschuldverhältnis
- Ist Einheitlichkeit des Vertragswerkes überhaupt möglich (separate Verträge für Wartung und Support notwendig)?
- Definition der Leistungen von **zentraler Bedeutung** im Hinblick auf Leistungsumfang, Gewährleistung, Haftung, Vergütung, Kündigung, Abnahme, Vertraulichkeit, Datenschutz, etc.
- Ebenso wichtig wie die Definition und Abgrenzung der vertragsgegenständlichen Leistungen ist (ähnlich wie auch beim IT-Outsourcing) die **“Kontrolle”** über die IT-Systeme
- Notwendig sind daher auch Regelungen zu Weisungsbefugnis, Sicherstellung Vertraulichkeit, Einhaltung Datenschutz (Auftragsdatenverarbeitung vs. Funktionsübertragung), Möglichkeit der „Rückabwicklung“ („In-Sourcing“, keine prohibitiven Transition-Out-Kosten), etc.

V. EDV-Vertragsrecht Hardware

- **Beschaffung & Gestaltung der Vorhaltung**
  - Kauf/Miete/Leasing
  - Outsourcing/Rechenzentren
- **Implementierung**
  - Installation
  - Umstellungsprozesse
- **Wartung**
  - Haftung, Gewährleistung, Ausfall & Garantien
  - Service

Hardware Beschaffung

Vertragstypen der Beschaffung

- Hardware-Kauf
- Hardware-Miete
- Hardware-Leasing

Aber: Einheitlicher Vertragsgegenstand

- Einzelne Geräte
- Komponenten (Platinen/Controller)
- Aufeinander abgestimmte Geräte (Konfigurationen)
- EDV-Systeme
  - Systembegriff ist immer zu definieren, da dieser auch im Betriebs- und Anwendersoftwarebereich gebraucht wird! Hier: Zusammenstellung von Geräten (Server, PCs, Bildschirme, Kabel, Hubs, etc.). Systembegriff wird aber auch im Softwarebereich verwendet

Hardware - Begriff

- **Hardware:** Oberbegriff für die maschinentechnische Ausrüstung eines Computersystems – dazu gehören alle Baugruppen
  - PC-Komponenten: Grundbestandteile der Rechnerarchitektur wie Plantine, Chipsatz, Prozessor, Arbeitsspeicher (RAM), Speichermedien/Laufwerke, Erweiterungskarten (Grafikkarte, Soundkarte, Netzwerkkarte, etc.
  - Peripheriegeräte: Ausgabegeräte (Drucker, Monitor, Beamer, Lautsprecher, etc), Eingabegeräte (Tastatur, Maus), Einlesegeräte (Scanner),
- Definition nach EVB-IT: „Geräte, bzw. Maschinen, einschließlich deren optionaler Zusatzeinrichtungen, gemäß Herstellerspezifikation, die im Vertrag aufgeführt sind; solche Geräte bzw. Maschinen werden von Ihren Herstellern im Allgemeinen über Bestellnummern (Typenbezeichnung ggf. ergänzt um Modellbezeichnungen) näher spezifiziert."

Allgemeine Vertragsbestandteile

- Detaillierte Beschreibung Vertragsgegenstand
- Festlegung der Leistungspflichten der Vertragspartner
  - Lieferant: Lieferung + Installation + Einweisung + Nachweis der Betriebsbereitschaft, Fristen
  - Auftraggeber: Mitwirkung – z.B. Informationspflichten Technische Spezifikationen (Leitungen für Server), Zugangsgewährung, Ansprechpartner
- Vergütung, Fälligkeit
- Übergabe, Annahme/Abnahme
  - Ablieferung, Abnahme
  - Eigentumsvorbehalt
  - Teillieferungen
- Haftung
  - Verzug
  - Mängel/Gewährleistung
- Vertragsdauer, Kündigungsrechte und –fristen (ggf. Rückgabepflichten)
- Erfüllungsort, Gerichtsstand, Salvatorische Klausel

Hardware-Kauf

- **Bezeichnung des Vertragsgegenstands**
  - Lieferant: Grundbezeichnung (**Hauptleistung**) im Vertrag und Verweis auf gesonderte Leistungsverzeichnisse/Systembeschreibungen:

    „ Fima xy verkauft EDV-System, dessen Umfang in beigefügter Systembeschreibung beschrieben ist. Software wird zur Nutzung überlassen“
  - Aufstellungs-, Betriebs- und Anschlussbedingungen
  - Kaufpreis (und ggf. Nutzungsentgelt für Software)
  - Gesonderte Auflistung Preis für Einrichtung des Systems

Verschulden bei Vertragsschluss – c.i.c.

Haftungsfalle: c.i.c. (culpa in contrahendo – Verschulden bei Vertragsschluss)

- Merkmal: Vertrag wurde noch nicht geschlossen
- Hardwarebeschaffung: Grundsätzlich ist Kunde für Auswahl der Hardware verantwortlich – **Aber**: mögliche Beratungspflichten des (Software-) Anbieters
  - Leistungskapazitäten, Geschwindigkeiten, Kompatibilität mit bestimmter Software, Umfeld (z.B. Klimatisierung)
    - Problem Kunde: Erkennbarkeit ohne Software und Daten
    - Problem Lieferant : Es fehlt häufig an eindeutiger Kundenangabe, welche Parameter für ihn essentiell sind
- Lösungsansätze:
  - Kunde muss Beratungsbedarf eindeutig offenlegen
  - Regelung der Vorprüfung örtlicher und technischer Gegebenheiten durch Anbieter

Definition Vertragsgegenstand

Leistungsgegenstand: „Neu“/“Neuheit “

- Problem ist zumeist nicht fehlende Fabrikneuheit der Hardware, sondern:
  - Auslaufmodelle
  - Neuheit von Teilen im gebrauchten Gehäuse -ETN-Bauteile (equivalent to new)
  - aufgespielte Software (veraltete Version kann Wert beeinträchtigen, ggf. Mehrkosten für Updates)
- Soweit „neueste Technologie“ im Vertrag festgeschrieben ist, gilt:
  - Diese ist Stand Vertragsschluss zu liefern
  - Problem: mögliche Inkompatibilitäten mit Zubehör - Neues System ist noch überhaupt nicht erprobt und nur bisheriges System bietet Garantie für zuverlässig funktionierenden Geschäftsbetrieb – einige Gerichte lassen hier Ausnahmen zu (so: OLG Brandenburg, CR 1999, 748)
- Werbung/Zusage des Lieferanten der „Neuheit“ in o.g. Fällen kann neben Mangel des Vertragsgegenstands auch Irreführung i.S.d. UWG darstellen

Änderung des Vertragsgegenstands

Problem: Leistungsgegenstand wird nachträglich geändert

- Klauselbeispiele:
  - „Der Lieferant behält sich vor, Änderungen zu den Liefergegenständen vorzunehmen, soweit deren Funktionsfähigkeit dadurch nicht beeinträchtigt wird."
  - „Der Hersteller darf Konstruktions- und Formänderungen der Geräte vornehmen, sofern die Gesamtleistung des Kaufgegenstandes dadurch nicht beeinträchtigt wird."
- Grundsätzliches Interesse des Anbieters bei Modellwechseln zwischen Vertragsschluss und Lieferung. Klauseln wohl unwirksam – allerdings kann Anbieter die Unwirksamkeit widerlegen, sofern er die Zumutbarkeit der Änderung für den Besteller darlegen kann.

Besondere Bestandteile Vertragsgegenstand

Leistungsgegenstand: Dokumentation/Bedienerhandbuch

- Nach ständiger Rechtsprechung immer Bestandteil des Vertrages!
- Problem Umfang:
  - Bedienungsanleitung
  - Installationsanleitung
  - Wartungsbeschreibung
  - Entwickler-Manual (Programmentwicklungsdokumentation)
- Bei Verbrauchern grds. nur Bedienungsanleitung/Installationsanleitung

EVB-IT

Ergänzende Vertragsbestimmungen für die Beschaffung von IT-Leistungen

- Relevant bei IT-Beschaffung durch öffentliche Hand
- Anwendungsspektrum reicht von Hardware-Kauf, Dienstleistung, Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung, Instandhaltung
- **Besonderheit:** pauschalierter Schadensersatz im Verzugsfall – wenn Nachbesserung fehl schlägt und Rücktritt und Schadensersatz verlangt werden, wird der pauschalierte Schadensersatz auf den Gesamtschaden angerechnet. **Obergrenze** ist 8 % des Gesamtpreises bei Fahrlässigkeit, keine Grenzen bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit
- Bei Gewährleistung beträgt Schaden höchstens 8 % des Gesamtpreises des Vertrages. Dies gilt nicht bei Arglistiger Täuschung, Fehlen von besonders vereinbarten Beschaffenheiten, Vorsatz & grober Fahrlässigkeit

Fristen/Liefertermine

- Grds. ist Liefertermin in Bestellschein vermerkt – entsprechende AGB-Klauseln genau prüfen, da diese zu Abweichungen führen können!
- **Beispiele AGB Klauseln** – Zulässig?
  - *„Lieferfristen verlängern sich in Fällen höherer Gewalt, wie etwa Arbeitskämpfe (Streik, Absperrungen) sowie beim Eintritt sonstiger unvorhergesehener Hindernisse, die außerhalb des Willens des Lieferanten liegen (Rohstoffmangel, Brand, fehlende Ausfuhrgenehmigungen). Dies gilt auch, wenn die Umstände bei Zulieferungen Dritter eintreten.“*
  - *„Mit Übergabe der Produkte an den vom Anbieter bestimmten Frachtführer geht die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung der Produkte auf den Kunden über. Der Anbieter wird auf Wunsch und Kosten des Kunden eine Frachtversicherung übernehmen.“*
  - *„Die Einhaltung von Fristen setzt voraus, dass der Käufer seine vertraglichen Pflichten, insbesondere Zahlungsverpflichtungen rechtzeitig und vollständig erfüllt. Andernfalls verlängert sich die Frist um den der Verzögerung entsprechenden Zeitraum.“*
- **Lösung: Alle Klauseln sind zulässig!**

Lieferung

- Auftraggeber muss durch Ablieferung in die Lage versetzt werden, Hardware zu untersuchen (Verpflichtung nach § 377 HGB bei Kaufleuten)
- Relevanz: Beginn der Gewährleistungsfrist (grds. 2 Jahre, kann unter Kaufleuten auf 1 Jahr verkürzt werden)
- Lieferant trägt bis zur Übergabe die Beweislast, dass ordnungsgemäße Lieferung erfolgt ist. Häufig vertragliche Verpflichtung des Kunden zur sofortigen Prüfung der Anlieferung
- **Problem:** Zeitpunkt der Ablieferung (bei Lieferung/ Installation/ Einweisung)?
  - Grundsatz: Vertragliche Vereinbarung entscheidend. Ansonsten gilt:
    - Einzelgeräte: Lieferung,
    - EDV-Systeme: Installation

Abnahmefiktion

- **Grundsatz: Untersuchungs- und Abnahmepflicht des Auftraggebers**
- Auch bei vertraglichem Verzicht auf Abnahmerecht/-pflicht muss allgemeine Abnahmereife vorliegen
- **Problem:** Häufig Fiktion der Abnahme durch AGB!
  - **Beispiel 1:** *„Nach Aufstellung der Geräte wird Betriebsbereitschaft geprüft und festgestellt. Der Kunde ist sodann verpflichtet, die gelieferten Geräte abzunehmen und die Abnahme im vorgelegten Protokoll zu bestätigen. Hat der Kunde 2 Wochen nach Abschluss der Installation das Abnahmeprotokoll nicht unterzeichnet zurückgeschickt, gilt die Abnahme als erteilt, es sei denn, dass der Kunde berechtigterweise schriftlich geltend gemacht hat, dass die Lieferung nicht ordnungsgemäß erfolgt sei."*
    - Wohl wirksam - eine Abnahme kann nur in den Fällen fingiert werden, wenn eine Aufforderung zur Abnahme (Protokoll) mit Setzung einer angemessenen Frist (2 Wochen) gegeben ist und (soweit vertraglich vereinbart) ein Probelauf erfolgt ist und die ordnungsgemäße Betriebsbereitschaft festgestellt und nachgewiesen wurde.
  - **Beispiel 2:** *„Die Maschinen werden ohne gesonderte Berechnung betriebsbereit aufgestellt. Die Betriebsbereitschaft wird dem Kunden mitgeteilt (Aufstellungstag)."*
    - Unwirksam - eine Abnahme kann zudem nur erfolgen, wenn Kunde seiner Überprüfungspflicht nach § 377 HGB überhaupt nachkommen konnte.

Verzug des Lieferanten

Verzug des Lieferanten - Beispiele problematischer AGB-Klauseln Verzug

- *„Ist dem Kunden durch eine vom Lieferanten zu vertretende Verzögerung ein Schaden entstanden, kann er pauschalierten Schadensersatz beanspruchen. Dieser beträgt 0,5% des Kaufpreises für jede vollendete Woche der Verspätung, insgesamt jedoch höchstens 5% dieses Preises. Betrifft die Verspätung eine Erweiterung der Gerätekonfiguration, ist der Kaufpreis der Erweiterung maßgebend."*
  - *Wohl noch zulässig*
- **Kombination zur 1. Klausel:** *„Weitergehende und andere Ansprüche des Käufers sind in allen Fällen verspäteter Leistungen ausgeschlossen, auch nach Ablauf einer dem Lieferanten gesetzten Nachfrist."*
  - *Unzulässig*
- **Argument:** Verstoß gegen § 309 Nr. 7+8 BGB, da Geltendmachung weitergehenden Schadensersatzes bei gleichzeitiger Begrenzung der Schadensersatzhöhe auch für Vorsatz & grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen wurde. Gleichzeitig Ausschluss der Möglichkeit der Vertragslösung und Geltendmachung von Rücktrittsrechten und somit Verstoß gegen § 307 BGB.

Verzug des Auftraggebers

Verzug des Auftraggebers

- Durch verspätete Zahlung: Zahlungstermin wird entweder im Vertrag **gegenseitig** vereinbart oder **einseitig** in der Rechnung festgelegt.
- In der Praxis häufig vertragliche Frist für Anzahlung, Restzahlung nach erfolgter Lieferung/Installation/Abnahme.
  - Bei <u>fest vereinbartem Termin</u> tritt Verzug nach Verstreichen der Frist ein, es ist keine weitere Mahnung notwendig
  - Ist <u>kein Zahlungstermin</u> vereinbart, tritt Verzug tritt spätestens 30 Tage nach Rechnungseingang ein. Soweit die Rechnung einen früheren Zahlungstermin vorsieht, ist für den Eintritt des Verzuges eine Mahnung notwendig, da es sich um eine einseitige Festsetzung des Zahlungsziels handelt.

Mängel/Gewährleistung

- **Verpflichtung des Lieferanten zur Lieferung einer mangelfreien Sache. Als Mängel können gelten:**
  - Fehlerhafte **Beschaffenheitsangaben** – soweit keine bestimmte Beschaffenheit vereinbart ist:
    - Sache muss sich für die im Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen
    - Sache muss sich für die gewöhnliche Verwendung einen und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann.
  - Fehlerhafte **Werbeangaben** in öffentlichen Äußerungen, soweit Lieferant die Äußerung kannte oder kennen konnte und diese die Kaufentscheidung auch beeinflussen konnte (§ 434 Abs. 1 Satz 2 BGB)
  - Fehlerhafter **Aufbau/Installation**
  - Fehlerhafte **Angaben in Dokumentation** soweit daraus Schäden entstehen- Mangel in Dokumentation gilt als Mangel des Geräts selbst.
  - **Falschlieferung**
- **Mangel muss bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben**
- **Standardfall: Beseitigung durch Nachbesserung**
  - Erfolgt entweder durch Neulieferung oder Reparatur. Wahlrecht grds. beim Kunden (§ 439 Abs. 1 BGB), jedoch darf Lieferant bei Unverhältnismäßigkeit ablehnen: z.B. bei fehlender Möglichkeit der Ersatzteilbeschaffung, Verbauung eines Teils bedeutet unverhältnismäßigen Aufwand oder Gerät neu nicht mehr erhältlich.
  - Zahl der Nachbesserungsversuche auf 2 begrenzt – danach Rücktritt/Rückabwicklung.
- **Ansprüche Verjähren nach 2 Jahren**

Garantien

- **Herstellergarantien werden vom Lieferanten zusätzlich zur Gewährleistung dem Kunden vermittelt.**
- 3-jährige Verjährungsfrist beginnt erst mit Kenntnis des Garantiefalls während des Laufs der Garantiefrist. Es erfolgt eine Beweislastumkehr, d.h. nicht Kunde muss anfängliches Vorliegen des Mangels beweisen, sondern es gilt die Vermutung, dass der Mangel bereits bei Lieferung/Installation bestanden hat.
- Garantie muss nicht wörtlich gegeben werden – „Garantie“ ist dann gegeben, wenn eine Eigenschaft zugesichert wird.
- Garantie darf an Voraussetzungen geknüpft werden z.B. Reparatur nur in/durch Werkstätten des Herstellers/Vertragspartners

Hardware-Miete: Besonderheiten

- **Vertragsgrundlagen im Wesentlichen gleich zum Hardwarekauf:**
  - **Leistungspflichten identisch – Ausnahmen:**
    - **Lieferant: Gebrauchsüberlassung (anstatt Eigentumsverschaffung)**
    - **Mieter: Versicherungspflicht für Mietsache**
  - **Genaue Leistungsbeschreibungen enthalten zusätzlich Angaben über Auswechslungen während Mietdauer sowie Rückabwicklung**
- Anders als beim Kauf ist Wartung der Hardware im Mietvertrag enthalten
- Kündigungsrecht des Mieters
- Bezeichnung (zur Abgrenzung vom Leasing-Vertrag) ist unerheblich

BVB Miete

- **Besondere Vertragsbedingungen Miete**
  - Verwendung bei Verträgen mit der öffentlichen Hand
  - Gehen davon aus, dass Betriebssoftware ebenfalls Vertragsbestandteil ist
  - Lieferbestandteile nach den BVB Miete
    - Hardware (Anlage und Geräte)
    - Betriebssystem-Software
    - Wartung
    - Pflege der Software (Ergänzung der Software)
- **Besonderheiten:**
  - Verpflichtung zur Aufstellung einer Ausweichanlage falls Verzug bei der Bereitstellung
  - Dauert Vermieterverzug mehr als 100 Tage, ist Mieter zur fristlosen Kündigung berechtigt

Mietpreis

- Höhe des Mietpreises ist grds. abhängig von Mindestmietvertragsdauer
- Mietpreis zumeist nur für bestimmte Fristen fest, Preiserhöhungsklausel möglich. Allerdings sind diese nur unter strengen Voraussetzungen gültig:
  - *„Der Vermieter behält sich vor, den Mietzins zu ändern, wenn sich die den Mietzins beeinflussenden Kostenfaktoren ändern. Dier Veränderung wird wirksam mit Beginn des 3. Monats nach Ablauf des Monats, in dem die Veränderung dem Mieter mitgeteilt worden ist.“*

    Unzulässig
  - *„Die genannten Mietzinsen ergeben sich aus den dem Vertrag beigefügten gültigen Listenpreisen. Die Listenpreise beruhen auf der bei ihrer Festlegung durch den Vermieter bestehender Kostenlage. Wenn sich im Zusammenhang mit der Änderung dieser Kostenlage die Listenpreise des Vermieters ändern, so kann mit einer Ankündigungsfrist von 3 Monaten eine entsprechende Änderung der genannten Mietpreise verlangt werden.“*

    Zulässig

Vertragsdauer & Rückgabe

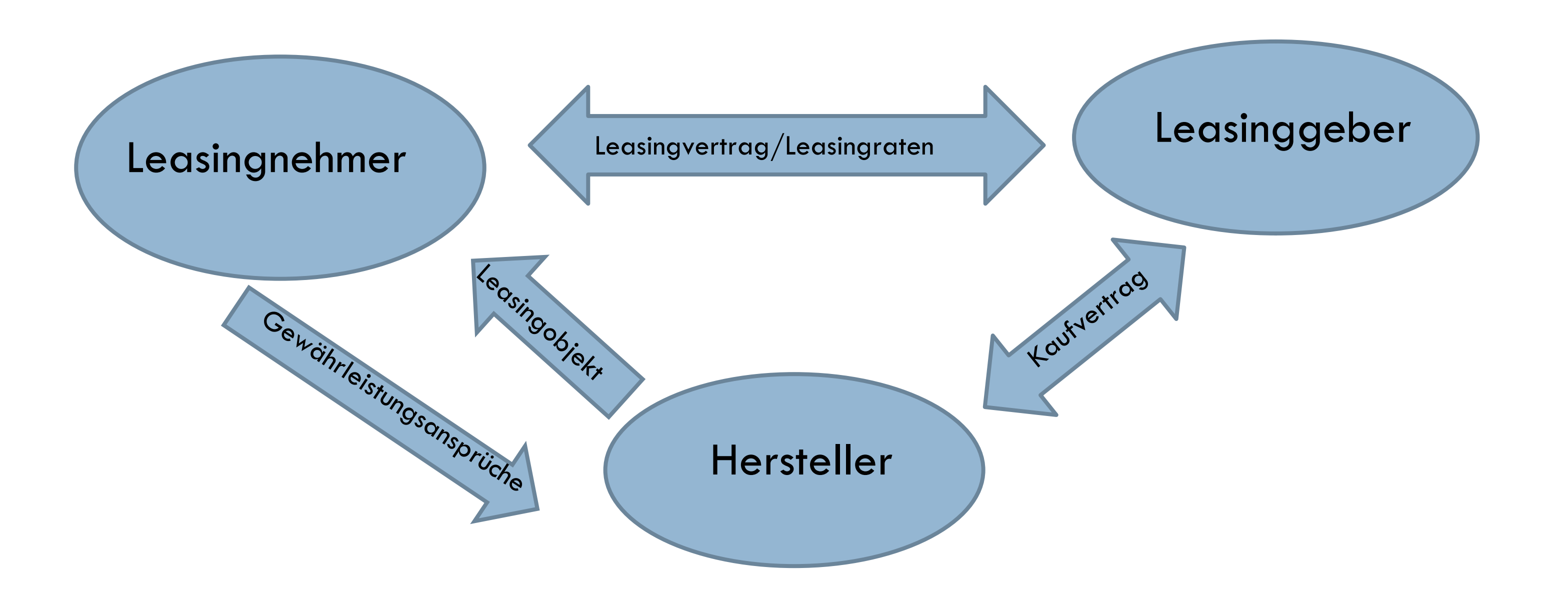
- Mindestvertragsdauer – davon abhängig ist Höhe des Mietpreises
- Verlängerungsoption einseitig für den Mieter
- Beispielsklausel Rückgabe der Mietsache:
  - *„Bei Beendigung der Vertragsverhältnisses hat der Kunde dem Vermieter die Mietsache in ordnungsgemäßem Zustand zurückzugeben. Die Rückgabepflicht umfasst auch die überlassenen Software-Programme auf den Originaldatenträgern einschließlich der Handbücher und Dokumentation.*

    Bei Rückgabe der Mietsache wird ein Protokoll erstellt, in welchem eventuell bestehende Mängel oder Schäden der Mietsache festgehalten werden. Der Kunde hat die Kosten für die von ihm zu vertretenden Schäden oder Mängel zu ersetzen“

Hardware-Leasing: Besonderheiten

- **Leasing-typische Vertragsgestaltung:** Wirtschaftsgut wird vom Leasinggeber (zumeist eine Bank) beschafft (vom Lieferanten/Hersteller) und der Gebrauch daran wird dem Leasingnehmer überlassen.

  => vertragliches Dreiecksverhältnis!



Hardware-Leasing: Besonderheiten

- **Besonderheit gegenüber anderen Vertragstypen:** der Leasinggeber tritt die ihm durch die Beschaffung gegen den Lieferanten zustehenden Gewährleistungsrechte an den Leasingnehmer ab!
- Leasingraten decken den Gesamtaufwand unter Berücksichtigung eines Restwerts ab.
- Lieferung und Installation erfolgen nicht durch Leasinggeber als Vertragspartner sondern durch Lieferanten als Erfüllungsgehilfen des Leasinggebers.

Eigenschaften Vertragsgegenstand

- **Grundsätzlich:** Vertragsgegenstand wird entsprechend den anderen Vertragstypen vom Leasingnehmer ausgewählt
- **Aber:** Anrechnung der vorvertraglichen Verhandlungen zwischen Leasinggeber und Lieferant – z.B. Aufklärung, Beratung?
  - **AGB-Klausel im Leasingvertrag:** *„Der Leasingnehmer versichert, dass der Leasinggegenstand von ihm nach seinen Wünschen und Vorstellungen ohne Mitwirkung des Leasinggebers ausgewählt wurde.“*
  - Klausel ist **unwirksam.** Verletzung einer Aufklärungspflicht hinsichtlich der rechtlichen Trennung von Leasing- und Kooperationsvertrag ist Leasinggeber zuzurechnen.
- Abtretung der Liefer, Garantie- und Gewährleistungsrechte allein reicht nicht zur Freizeichnung des Leasinggebers aus.

Mängel – Pflicht zur Weiterzahlung

- **Beispiel für entsprechende AGB-Klausel:** *„Auch bei Mängeln am Leasinggegenstand oder dessen Fehlerhaftigkeit ist der Leasingnehmer verpflichtet, seinen Leasingverpflichtungen nachzukommen. Ein Minderungs- oder Leistungsverweigerungsrecht ist ausgeschlossen.“*
- **Problem:** Leasingnehmer macht Gewährleistungsrechte gegen Lieferanten geltend und nicht gegen Leasinggeber.
- Klausel berücksichtigt nicht die Möglichkeit des Rücktritts des Leasingnehmers, nach welchem er rechtmäßig die Zahlung verweigern kann. Daher wohl unwirksam.

Hardware-Wartung - SLAs

- **Leistungsbestandteile des Wartungsvertrages:**
  - **Instandhaltung** – periodisch oder nutzungsabhängig – normalerweise nicht auf Grundlage eines Abrufs des Kunden (Dienstvertrag)
  - **Instandsetzung** – aufgrund eines Abrufs des Kunden bei Fehlermeldung (Werkvertrag)
  - **Beratung** – häufig durch Hotlines (Dienstvertrag)
  - **Fernwartung** – Ferndiagnose betrifft die Modalitäten der Ausführung obiger Leistungen
  - **Monitoring**/Ferndiagnose
  - **Backup, Ausweichanlage** auf Zeit als zusätzlicher Service (Mietvertrag oder Werkvertrag)

Mindestanforderungen an SLA

- Bezeichnung und genaue Definition des Service Levels
- Zielwerte (als Mindestwerte) definieren
- Messmethoden, Messpunkte definieren
- Art der (Fehler-/ Prüf-) Berichte, automatisches Reporting
- Festlegung Überprüfungs-/Berichtsintervalle
- Definition von Malus-/Bonuspunkten und ggf. deren Gewichtung hinsichtlich (automatischer) Berücksichtigung bei Vergütungsberechnung/ - Minderung
- Regelungen zu Entstörzeiten, Wartungsfenster
- Procedere bei Support und Service Desk

Wartung bei Miet-/Leasingverträgen

- Wartungsleistung ist i.S. der Erhaltung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache bereits im Mietvertrag enthalten.
  - Umfasst sowohl vorbeugende Instandhaltung als auch Wiederinstandsetzung.
  - Besondere Reaktionszeiten, Backup-Leistungen werden gesondert vereinbart.
- Im Leasingvertrag ist Pflicht zum Abschluss eines Wartungsvertrages und damit der technischen Vorgaben des Herstellers zum Erhalt der Leasingsache enthalten.
  - Problem für Leasingnehmer: Pflicht zum Abschluss eines kostenpflichtigen Wartungsvertrages bereits während Gewährleistungszeit
  - Zulässig!

Wartungsvertrag Umfang der Leistung

- Detaillierte Konkretisierungen in AGB enthalten:
  - Liste von umfassten Leistungen, z.B.:
    - Netzwerkservice, Prüfung des Netzwerks
    - Analyse und Messungen
    - Überprüfung von Verschleißteilen
    - Reinigung unvermeidbarer Verschmutzungen bei ordnungsgemäßem Betrieb
  - Liste von Ausnahmen
    - Anlieferung von Betriebsmitteln (Kabel, Toner, etc.)
    - Umbauten, Transporte
    - Kostenloser Ersatz nach Ablauf der Garantiezeit
    - Kosten für Arbeiten die nicht mit Wartungsleistung in Zusammenhang stehen
    - Beseitigung von Schäden durch höhere Gewalt oder dem KundenWartungsleistung ist i.S. der Erhaltung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache bereits im Mietvertrag enthalten.
- Wesentlich ist immer Reaktionszeit – diese ist genau zu bestimmen, um Schadensersatzforderungen abzusichern. **Achtung:** Nicht gleichzusetzen mit Entstörzeit!

IT-Outsourcing-Vertrag

- Grundlage: Unternehmensentscheidung, EDV-Lösung nicht im Unternehmen selbst, sondern in einem Rechenzentrum vorzuhalten
- Unternehmen erhält gesicherte Leitung zum Rechenzentrum.
- Leistungsgegenstand - Übertragung und Betreiben des bisherigen eigenen EDV-Systems (Inkl. Netz) gegen Entgelt
- Kann sowohl gesamte EDV-Lösung inklusive Hardware oder nur anteilige Speicher- oder Serverlösungen enthalten

IT-Outsourcing - Leistungsgegenstand

- Leistungsgegenstand - Rechenzentrumsbetreiber: **Übertragung** des bisherigen eigenen EDV-Systems (inkl. Netz)
  - Hardwareeinrichtung – Infrastruktur, Prüfung Rechenkapazitäten, Gewährleistung räumlicher Abgrenzungen
  - Auslegung Telekommunikation (Gewährleistung des Echtzeitbetriebes)
  - Anpassung der Software
  - Datenübernahme
  - Einrichtung Hotline/Schulung, Einweisung
- Erhebliche Projektplanung und Vorbereitung notwendig
  - Ggf. Probebetrieb/Parallelbetrieb

IT-Outsourcing - Leistungsgegenstand

- Leistungsgegenstand - Rechenzentrumsbetreiber: **Betreiben** des bisherigen eigenen EDV-Systems (inkl. Netz)
  - Hardwarewartung
  - Gewährleistung der Verfügbarkeit
  - Softwareupdates/-anpassungen
  - Daten-Back-Up
  - Betreiben Hotline
  - Gewährleistung Abrufverfahren
- Einhaltung und Gewährleistung der gesetzlichen **datenschutzrechtlichen** Vorgaben, und Sicherheitsbestimmungen
- Wahrung der vertraglichen Geheimhaltung, Datengeheimnis
- Versicherung zur Absicherung der Haftungsrisiken
- Hier besonders Komplexität beim sog. **Cloud-Computing**

Exkurs. Cloud Computing

- Was ist Cloud Computing?
  - http://www.youtube.com/watch?v=xJCOzUk76GQ

- Problemfelder:
  - Einhaltung der nationalen gesetzlichen Vorgaben, da Speicherort nicht an nationalen Grenzen Halt macht (insbesondere Datenschutz)
  - Interne Sicherheitskonzepte/Haftungsrisiken
  - Exitstrategien – Rückholung der Daten
  - Öffentliche Hand – Vergaberechtliche Fragestellungen:
    - Dauer
    - keine Benachteiligung herkömmlicher Anbieter (Rechenzentren)

Exkurs. Cloud Computing - Sicherheit

- **Sicherheitsfragen: Relevanz**
  - Wertobjekte in der IT: Persönlichkeitsrechte, Geschäftsgeheimnisse, Ausfallsicherheit/ betriebliche Funktionalität, Spionageabwehr, Wettbewerbsfähigkeit, Attraktivität als Wirtschaftsstandort, etc.
  - Gefahr: abhängig von Sensitivität der Information, Infrastruktur und Nutzerverhalten
  - Schaden: abhängig vom Schadpotential: Materielle und immaterielle Schäden (geringerer Schaden z.B. bei Email, größerer Schaden z.B. bei Unternehmensdaten (Kursrelevanz))
- **Lösung/Problematisierung Sicherheitsfragen anhand von**
  - Gesetzlichen Vorgaben (BDSG, StGB sowie branchenspezifisch: GenTG, AtomG, etc.)
  - Technische Vorgaben (anerkannte techn. Regelungen sowie „Stand der Technik“)
  - Internationaler Einfluss (z.B. US Patriot Act soweit US Bezug vorhanden)

IT-Systemvertrag

- IT-EDV-System wird (z.B. für Warenwirtschaft in Verbindung mit Management und Filial-Dispositionssystem) neu gestaltet (Häufig auch in Verbindung mit Franchise-Systemen)
- Sowohl Hardware- als auch Softwareseitig wird ein neues System aufgesetzt
- Vertrag enthält sämtliche Komponenten der Hardware- und Softwarebeschaffung
- Auftragnehmer ist Generalunternehmer im Bereich EDV/IT-Systeme und bindet Komponenten verschiedener Hersteller und eigene Leistungen zu Gesamtsystem (häufig Data Warehouse) in betriebsbereiter Form zusammen

IT-Systemvertrag - Leistungsgegenstand

- Gefordert ist ein **betriebsfertiges Gesamtsystem.** Definition häufig in Anlagen zu Gesamtkonzept und Feinkonzept sowie einzelnen Leistungsbeschreibungen
- Leistungsgegenstand des Auftragnehmers:
  - Beratung und Planung – Machbarkeitsnachweise
  - Hardwarebeschaffung und Installation - Tests
  - Standardsoftware und Installation
  - Erstellung von Individualmodulen und Anpassung der Standardsoftware
  - Pflege der Software
  - Wartung der Hardware
  - Dokumentationen für einzelne Bestandteile
- Projektgliederung häufig in Stufen mit unterschiedlichen Fristen - Definition von Ausstiegsszenarien nach einzelnen Projektstufen

IT-Systemlieferung nach EVB-IT

- EVB-IT differenzieren zwischen IT-Systemvertrag und IT-Systemlieferung
  - IT-Systemlieferung
    - Beschaffung ganzer Systeme
    - Angelehnt an BGB-Kaufvertrag
  - IT-Systemvertrag
    - Erstellung von (komplexen) IT-Systemen
    - Beschaffung von Hard- & Software, Integrations- und Anpassungsleistungen sowie Herbeiführung der Betriebsbereitschaft
    - Angelehnt an BGB-Werkvertrag

Exkurs: IT-Kooperationen der öffentlichen Hand

- **Problem: Kooperationen zwischen Verwaltungen erfordern langwierige Abstimmungs- und Beschlussprozesse (Kabinettsbeschlüsse, Staatsverträge, etc.)**
- Bislang gelten „Kieler Beschlüsse“(Stand1979) - Erlauben
  - Programmaustausch (unentgeltlich)
  - Entwicklungsverbund gemeinsame Entwicklung automatisierter Verfahren (Eigen- oder Auftragsentwicklung)
  - Pflegeverbund: Zusammenschluss mehrerer öffentlicher Verwaltungen, um gemeinsam ein bestehendes automatisiertes Verfahren zu pflegen
- Kieler Beschlüsse nicht mehr zeitgemäß bei Berücksichtigung der IT-Entwicklungen in den letzten 30 Jahren (z.B. Zentralisierte Betreibermodelle oder Cloud Computing, Softwarelizenz-Rechte, Wartungs- und Pflegeentgelte

Exkurs: IT-Kooperationen der öffentlichen Hand

- **Weiterentwicklung Kieler Beschlüsse ist notwendig, z.B.:**
  - institutionalisierte Kooperationen zur gemeinsamen Entwicklung und Pflege von Software (Vergaberecht, Wettbewerbsrecht, Inhouse-Geschäft)
  - gemeinsamer Betrieb von Softwarelösungen
  - Regelungen für verbrauchsabhängige Kostenverteilung
  - Erarbeitung von Informationsplattformenzentrales Informationsangebot zu vorhandener Software (Portfolio- Management) und bestehenden Kooperationen
  - Leitfaden für verschiedene Kooperationsmodelle
- **Zwei Lösungsansätze werden diskutiert**
  - Fusion von Landes- und kommunalen IT-Dienstleistern (z. B. *dataport)* im Sinne von Outsourcing, z. B. AÖR
  - Verwaltungs-IT-Gesellschaft (z. B. Verwaltungs-Cloud) im Sinne eines selektiven Sourcing, z. B. GmbH

Ende des 1. Teils

Bis morgen!

V. EDV-Vertragsrecht – Rechtsschutz

- **Rechtsschutztypen des geistigen Eigentums**
  - Urheberrecht
  - Gewerblicher Rechtschutz
    - Patentrecht
    - Gebrauchsmuster
    - Topographieschutz Halbleitererzeugnisse
    - Markenrecht
    - Titelschutz
  - Domainrecht
- **Wettbewerbsrecht (UWG)**

Schutz des geistigen Eigentums

- **Unterschiede zwischen Schutzbereichen:**
  - **Urheberrecht** – entsteht durch bloße Schöpfung, ist von der Persönlichkeit des Urhebers geprägt und als persönliche, geistige Schöpfung einzigartig. Es schützt vor unbefugter Nutzung der persönlichen Schöpfung.
  - **Gewerbliche Schutzrechte** – entstehen zumeist durch Eintragung in ein öffentliches Register, z.T. nach aufwändigen Prüfverfahren oder durch gewerbliche Nutzung. Sie geben dem Inhaber einen zeitlich begrenzten Vorsprung im Wettbewerb, um das Recht zu verwerten und den Forschungs- und Entwicklungsaufwand zu amortisieren.
  - **Domains** – kein Kennzeichen und damit Entstehung eines Schutzrechts im eigentlichen Sinn. Primäre Funktion ist Individualisierbarkeit und Identifizierung eines bestimmten Rechners - **aber:** Indizwirkung auf sonstige Rechte des Inhabers.

Urheberrecht Grundlagen

- **Was kann urheberrechtlich geschützt werden?**
  - Werke, soweit es sich dabei um **persönliche, geistige Schöpfungen** handelt (§ 2 UrhG). Rspr.: Werk muss eine **individuelle, gewisse Gestaltungshöhe** erreicht haben und in einer konkreten Form **wahrnehmbar** gemacht werden.
- **Wer ist Urheber?**
  - Der Urheber ist der Schöpfer eines Werkes, § 7 UrhG und kann nur eine natürliche Person sein. Juristische Personen können grundsätzlich keine Schöpfer sein. Bei mehreren Schöpfern sind alle Miturheber gem. § 8 UrhG, wobei dies auch bei einer Verbindung mehrerer Werkarten gilt.
- **Erwerb eines Urheberrechts**
  - Der Erwerb des Urheberrechts geschieht durch die Schöpfung selbst, keine formalen Voraussetzungen sind notwendig (etwa Eintragungen in Register).
  - Dauer: 70 Jahre (§ 64 UrhG)
  - Besonderheiten Arbeitnehmer: §§ 69b, 43 UrhG Rechte liegen beim AG – Achtung bei Freelancern/Freien Mitarbeitern!

Urheberrechtschutz

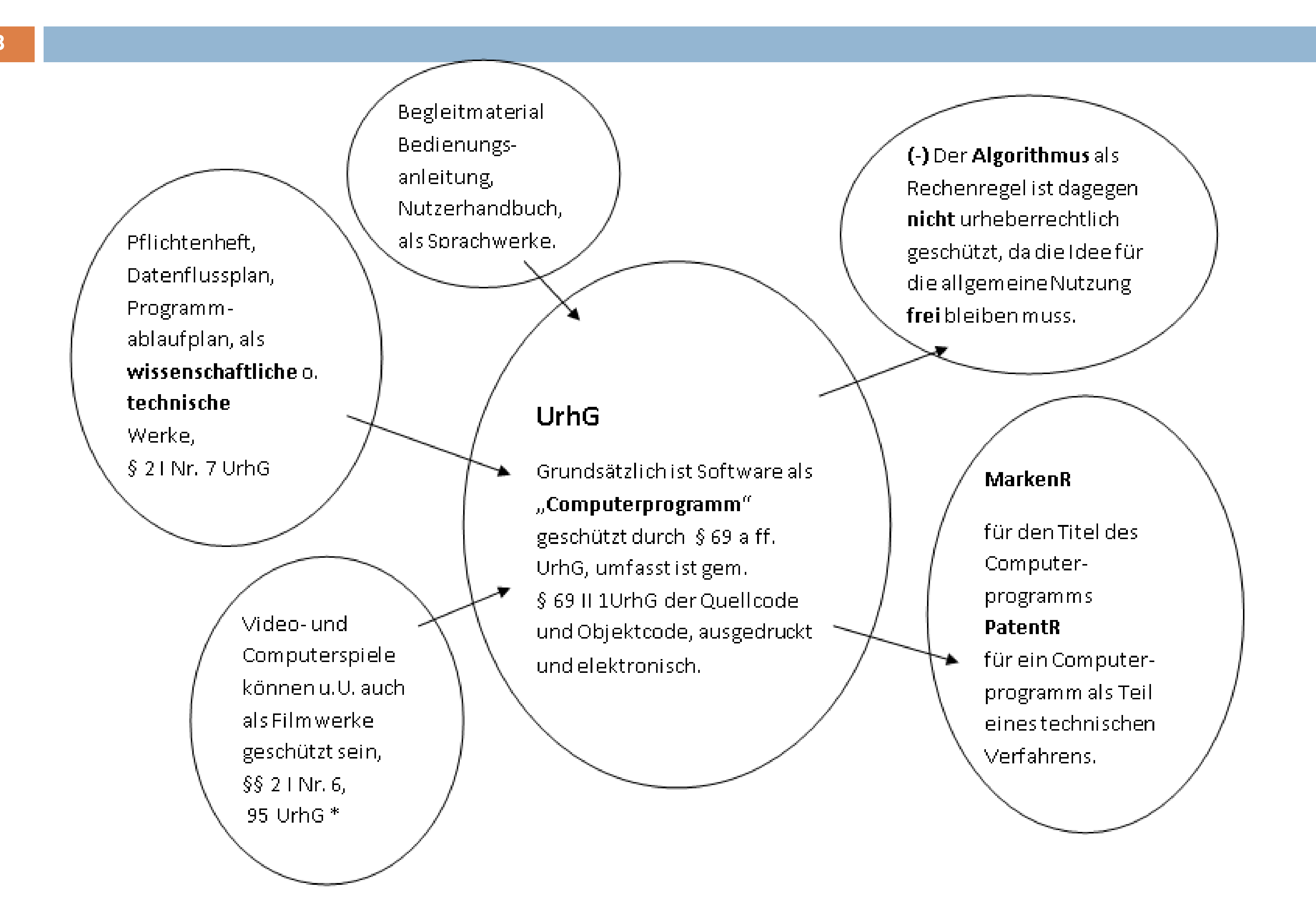
- **Relevant für Software:**
- **§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG:** Geschützt sind **Sprachwerke.** Dazu gehören Schriftwerke, Reden - und auch Computerprogramme. Die Schöpfung dieser Werke beruht auf Sprache (Formeln, Bilder, schriftlich, mündlich).
- **§ 69 a Abs. 1 UrhG: Computerprogramme** i.S.d. UrhG sind Programme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials.
  - Als **Software** wird ein Computerprogramm zusammen mit der Anwendungsdokumentation (Benutzerhandbuch u. Bedienerhandbuch) und der Programmbeschreibung angesehen.
- **Voraussetzungen des Urheber-Rechtschutzes** (§ 2 Abs. 2 UrhG):
  - Erstellung eines **Werks**
  - Das Werk muss von einer **natürlichen Person** stammen
  - und von **ihr individuell geprägt** sein.

Urheberrechtschutz von Software - Anforderungen

- Voraussetzung für urheberrechtlichen Schutz eines Werkes ist **immer** eine ausreichende geistige **Schöpfungshöhe**!
- **Rechtsprechung:** Früher bei Software sehr hohe Anforderungen an die Gestaltungshöhe, z.B. in der InkassoProgramm- Entscheidung des BGH im Jahr 1994 (BGHZ 94, 277): Ergebnisse des sog. Software-Engineering sind mangels ausreichender Schöpfungshöhe urheberrechtlich nicht schutzfähig. Hier lag „nur" eine Aneinanderreihung von bereits vorhandenen Programmen vor.

  Mit Inkrafttreten der §§ 69a ff. UrhG hat die Bedeutung der Schöpfungshöhe bei Computerprogrammen nachgelassen. Auch die europäischen Schutzvoraussetzungen fordern nicht die Schöpfungshöhe des deutschen Urheberrechts: **Folge**: nur für gänzlich banale Programme besteht kein urheberrechtlicher Schutz.
- Ein **Algorithmus** als Verfahrensanleitung (ähnlich einer Gebrauchsanweisung, einem Schnittmuster, Kochrezept), bzw. Rechenregel **muss** als Bestandteil einer wissenschaftlichen Lehre frei bleiben. Daher unterfällt er nicht dem Urheberschutz.
- Die **Idee** eines Werks ist nicht für sich geschützt, nur die **Form** (Art u. Weise der Zusammenstellung, Strukturierung, Präsentation).

Urheberrechtlicher Schutzumfang für Software



Rechte des Urhebers

- Bei den Urheberrechten ist zu unterscheiden zwischen:
  - Persönlichkeitsrechten und Verwertungsrechten des Urhebers
    - Sind untrennbar mit der Person des Urhebers verbunden.
  - Nutzungsrechten urheberrechtlich geschützter Werke
    - Einzelne Nutzungsrechte können durch Lizenzvertrag auf andere Personen übertragen werden (§ 31 UrhG)
- Verwertungsrechte des Urhebers (u.a.):
  - Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) – Entscheidend ist körperliche Fixierung des Werkes.
  - Verbreitung (§ 17 UrhG) – Original oder Vervielfältigungsstücke werden der Öffentlichkeit **angeboten** (Bewerben ist ausreichend). Erschöpfung tritt ein, wenn Original oder Vervielfältigungsstück mit Zustimmung des Berechtigten im Gebiet der EU oder EWR im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurde. Einschränkungen gegenüber direktem Vertragspartner sind möglich.
- Der Umfang der Nutzungsrechte ist genau zu definieren
  - Einfaches Nutzungsrecht
  - Ausschließliches Nutzungsrecht

Rechteinräumung für Software

- **Verwertungs- und Nutzungsrechte und Beschränkungen**
- „Mechanik“ des Nutzungsrechts = ausschließliches Recht des Urhebers unter **Zustimmungsvorbehalt.**
- § 69 c UrhG: **Zustimmungsbedürftige Handlungen:**
  - **Vervielfältigen** (vorübergehend, dauerhaft, ganz, teilweise), übersetzen, bearbeiten, arrangieren und andere Umarbeitungen, vervielfältigen der erzielten Ergebnisse;
  - **Verbreitung** von Original oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung (69 c UrhG spezielle Regelung zum Erschöpfungsgrundsatz!). Das Verbreitungsrecht erschöpft sich durch den Erstvertrieb in EU-Mitgliedstaat, nicht dagegen das Vermietungsrecht;
  - Drahtgebundene oder drahtlose **öffentliche Wiedergabe**, einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung: §§ 69 d, g UrhG: Ausnahmen (sog. bedingungsfester Kern).

Vervielfältigung von Software

- **Vervielfältigung** ist gegeben, wenn technischer Vervielfältigungsvorgang aufgrund einer Willensentscheidung des Nutzers zur gleichzeitigen Nutzung mehrerer Programmkopien führt.
  - Maschinelle Übersetzung des Quellenprogrammes in das Objektprogramm
  - Übertragung des Quellen- oder Objektprogramms auf einen anderen Datenträger
  - Aufzeichnung auf Magnetband/Diskette zum Vertrieb
  - Fotokopie der Programmbeschreibung oder des ausgedruckten Quellen- oder Objektprogramms
  - Übertragung des Programms in einen Festwertspeicher
  - Ausdrucken des gespeicherten Programms, Übertragung des Programms über eine Datenfernleitung in den Arbeitsspeicher eines anderen Computers (Download), etc.
- Urheberrechtlich relevante Vervielfältigung ist nicht gegeben, wenn diese während des Programmlaufs erfolgen, weil dies bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms ist.

Vervielfältigung: „Bestimmungsgemäße Nutzung“

- Rechteeinräumungen für Anwender für **„Bestimmungsgemäße Nutzung“**
- Beschränkung des Rechts auf die „bestimmungsgemäße Benutzung“ durch UrhG und zusätzlich Vertragsvorbehalt.
- **Keine** Zustimmung des Urhebers erforderlich bei **bestimmungsgemäßer** Benutzung des Programms:
  - Erstellung einer Sicherungskopie (Back-Up-Copy); Beobachtung, Untersuchung oder testen sind erlaubt, soweit dies durch laden, anzeigen, ablaufenlassen, übertragen oder speichern des Programms geschieht -> § 69 d UrhG
  - <u>Ausnahmsweise</u> auch Dekompilierung (= Rückübertragung des Objektcodes eines Computerprogramms in den Quellencode) gem. § 69 e UrhG, soweit Lizenznehmer unbedingt Informationen zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Programms benötigt und Handlungen auf notwendige Programmteile beschränkt. Grund: Weiterentwicklung des technischen Fortschritts.

Vervielfältigung von Software

- **Bedeutung:**
  - Schutz vor Kopie, Nachbildung, unbefugter Speicherung, Verfilmung - allgemein vor jeder körperlichen Festlegung des Programms.
- **Problem:** Im Einzelfall urheberrechtswidrige Vervielfältigung schwer festzustellen.
- **Beispiel:** *Unautorisierte Spiel**ergänzungen** auf CD-ROM, mit welchen man den Spielstand speichern, sowie einzelne Levels überspringen konnte.* **Vervielfältigung?**
  - Rechtsprechung hat eine Vervielfältigung **abgelehnt**, da kein Computerprogramm oder schutzfähiges Programmteil als Vervielfältigung des verletzten Programms vorlag (OLG Hamburg, NJW-RR 1999, 483- Unautorisierte Spieleergänzungen auf CD-ROM)

Aber: ggf. Markenrechte betroffen

Verbreitung von Software

- **Verbreitungsrecht:**
  - Wirtschaftliches Anbieten und Inverkehrbringen der Computersoftware (auch Werbemaßnahmen durch Prospekte, Internet, Messen)
  - Es gilt der Erschöpfungsgrundsatz, wonach mit dem rechtmäßigen Erwerb des Originals eines Computerprogramms das Verbreitungsrecht erschöpft ist und dieses weitervertrieben werden kann **=> Lizenzvertrag für Erstverbreitung muss ggf. sorgfältig erstellt werden**
  - **Aber:** andere Urheberrechte sind von Erschöpfung des Verbreitungsrechts nicht umfasst, d.h. es dürfen keine Kopien (Vervielfältigung) erstellt werden!
  - Der Erschöpfungsgrundsatz gilt nicht für das Vermieten und Verleihen von Programmkopien oder des Werks, dies ist gewerbsmäßig unzulässig.

Patentrecht - Grundlagen

- Begriff: Ein **Patent** wird erteilt
  - für **Erfindungen**
  - die **neu** sind (Stand der Technik)
  - auf einer **erfinderischen Tätigkeit** beruhen (Erfindungshöhe)
  - **gewerblich** anwendbar sind
- Die Erfindung kann sich auf ein Erzeugnis oder auf ein Verfahren beziehen
- **Begriff der Erfindung**: Technische Leistung, die eine Lehre oder eine Anweisung zum technischen Handeln darstellen, z.B.: Schaltungen, Maschinen, Verfahren, Anwendungen, Vorrichtungen und Apparate
- Entdeckungen, wissenschaftliche Theorien, mathematische Methoden, etc. werden nicht als Erfindungen angesehen. Auch Pläne, Regeln und Verfahren für gedankliche Tätigkeiten, Spiele, geschäftliche Tätigkeiten sowie Programme für Datenverarbeitungsanlagen sind **nicht patentierfähig**

Patentrecht - Entstehung

- **Entstehung eines Patents:** durch Anmeldung und Eintragung in ein öffentliches Register (Patenrolle)
- Nach Territorialprinzip orientiert sich Patentschutz am nationalen Patenrecht des Landes, welches als Bestimmungsland des Patentes angegeben wird
- Erworben wird der Patentschutz für das Land, in welchem der Anmelder das Schutzrecht erhalten möchte
- Ein Patent mit Schutzanspruch nach deutschem Recht kann erworben werden:
  - Beim DPA (Deutsches Patentamt) nach dem dt. PatentG
  - Beim EPA (Europäisches Patentamt) nach dem Europäischen Patentübereinkommen (EPÜ)
  - Beim EPA oder einer anderen internationalen Anmeldebehörde nach dem Patentzusammenarbeitsvertrag (PCT)

Patentrecht – Schutz für Software?

Anwendbarkeit des Patenrechts auf Computerprogramme als solche:

- *§ 1 (3) Nr. 3 PatG: Als Erfindungen im Sinne des Absatzes 1 werden insbesondere nicht angesehen: Pläne, Regeln und Verfahren für gedankliche Tätigkeiten, für Spiele oder für geschäftliche Tätigkeiten sowie Programme für Datenverarbeitungsanlagen*
- *§ 1 (4) PatG: Absatz 3 steht der Patentfähigkeit nur insoweit entgegen, als für die genannten Gegenstände oder Tätigkeiten als solche Schutz begehrt wird.*
- Gem. Art. 52 Abs. 2 lit c, Abs. 3 EPÜ sind nach europäischen Recht Programme für Datenverarbeitungsanlagen von der Patentierbarkeit ausgeschlossen.
- Rechtsprechung: Computerprogrammen fehlt es regelmäßig am technischen Charakter und sie daher nicht patentfähig seien. Begründung:
  - In einer Erfindung muss technische Leistung enthalten sein: Die Lösung einer Aufgabe muss durch bestimmte technische Mittel und unter Einsatz der physikalischen, chemischen oder biologischen Naturkräfte erfolgen. Die Anweisung zum technischen Handeln muss so deutlich und vollständig zum Ausdruck kommen, dass ein Fachmann auf dem einschlägigen Gebiet sie ausführen kann.
  - Eine Lehre zum technischen Handeln ist eine Anweisung zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung des kausal vorhersehbaren Erfolges – dies wird bei bloßen Rechen- und Organisationsregeln verneint.

Patentrecht – Schutz für Software?

Computerprogramme können ausnahmsweise als „Bestandteil einer Erfindung“ patenrechtlich geschützt werden:

- Eine computergesteuerte Maschine
- Aber auch das Computerprogramm selbst, wenn es eine Erfindung darstellt und der technische Begriff ausgedehnt wird:
  - eine medizinische Software, die unmittelbar Untersuchungsgeräte steuert
  - Verfahren, dass ein hierarchisch gegliedertes, mehrstufiges Arbeitsspeichersystem und eine Schaltungsanordnung betrifft
  - **Nicht** anerkannt wurde ein Programm, dass technische Messgrößen in einem Tauchcomputer verarbeitet
- Es bleibt aber bei Mindestanforderungen: Der Gegenstand, für den Patentschutz begehrt wird, muss über das reine Programm hinausgehen, z. B. durch Anweisungen, die eine schutzwürdige Bereicherung der Technik beinhalten **=> Anmeldung eines Computerprogramms zum Patent (zumindest in Deutschland) eher wenig erfolgversprechend.**

Patentrecht - Ausnahmen

Aber: Neues „obiter dictum“ des BGH im Bereich Patentierung von Software:

- Im Fall einer automatischen Dokumentengenerierung durch Software lautete die Entscheidung (Urteil vom 22.04.**2010**, Az. Xa ZB 20/08):

  “*Ein Verfahren, das das unmittelbare Zusammenwirken der Elemente eines Datenverarbeitungssystems betrifft, ist stets technischer Natur, ohne dass es darauf ankäme, ob es in der Ausgestaltung, in der es zum Patent angemeldet wird, durch technische Anweisungen geprägt ist.*”

- Aufhebung der Entscheidung des BPatGericht, das eine Patentanmeldung in diesem Fall ablehnte. (http://www.damm-legal.de/bgh-ab-sofort-ist-nahezu-jedwede-software-patentierbar-dynamische-dokumentengenerierung)

Patentrecht – Internationale Entwicklungen

Internationale Entwicklung zur Patentierbarkeit von Software

- 2008: Europäischen Patentamt hat **vier** ausführliche Vorlagefragen zur **Klärung der Rechtslage bei der Patentierbarkeit von Software** durch Gr. Beschwerdekammer nach Art. 112 EPÜ vorgelegt. Die Beschwerdekammer entschied, dass es in der Entscheidungspraxis des EPA keiner Harmonisierung in dieser Frage bedarf.
- In den Vereinigten Staaten ist die Patentierbarkeit von Software spätestens seit der Entscheidung State Street Bank v. Signature aus dem Jahr 1998 anerkannt
- Das Europäische Patentamt (EPA) hat seit 1978 ca. 20.000 bis 30.000 Softwarepatente vergeben (http://swpat.ffii.org/patente/zahlen/)
- Eine Richtlinie über softwarebasierte Erfindungen ist im Juli 2005 am Widerstand des Europäischen Parlaments gescheitert
- Dez 2012: Europäisches Parlament verabschiedet EU-"Patentpaket" – Inkrafttreten vor. zum 1. Januar 2014 (teilw. ohne Zustimmung Spanien/Italien)
- Juni 2013: Interfraktioneller Antrag des Bundestages für Schranken bei Softwarepatenten (Arg: UrhR ausreichend, andernfalls Haftungsrisiken u Unvereinbarkeit mit Open Source Lizenzbedingungen)

Gebrauchsmusterschutz

- Begriff (§§ 1 ff GebrMG): Ein Gebrauchsmuster wird erteilt:

  Für Erfindungen,

  - die neu sind,
  - auf einem erfinderischen Schritt beruhen und
  - gewerblich anwendbar sind.
- Im Anmeldeverfahren entfällt die Prüfung auf Neuheit und Erfindungshöhe.
- Das Gebrauchsmuster ist daher einfacher, schneller und kostengünstiger zu erlangen als ein Patent.
- Es bezieht sich aber nur auf Erzeugnisse, nicht auf Verfahren.
- **Auswirkungen auf die Praxis**: „kleines Patent“, dass wenige Wochen nach Anmeldetag eingetragen wird. Einsetzbarkeit in gleicher Weise wie Patent. Es bildet daher in Unternehmen Grundlage für Vertrieb, Werbung oder Abschluss von Lizenzverträgen.
- **Beispiel für Gebrauchsmuster**: Mechanische Teile der Hardware.

Markenrecht - Grundlagen

- **Begriff (§§ 1ff MarkenG)**: Eine Marke ist ein
  - **gewerblich** genutztes Kennzeichen,
  - das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu **unterscheiden**.
- Auch geschäftliche Bezeichnungen und geographische Herkunftsangaben können Markenschutz erlangen
- Schutzdauer: 10 Jahre
- **Erlangung des Markenschutzes** (§ 14 MarkenG):
  - durch Eintragung – als Wortmarke oder Bildmarke (auch Kombinationen aus Wort & Bild)
  - auf Grund einer entsprechenden Verkehrsgeltung
- Wesentlich für Erlangung des Markenschutzes ist **Priorität**, d.h. der Inhaber eines älteren Rechts kann die Eintragung der Marke verhindern oder deren Löschung erwirken (§§ 9,12,13 MarkenG)
- Bei Eintragung werden absolute Schutzhindernisse (z.B. fehlende Unterscheidungskraft, Freihaltebedürfnisse) von Amts wegen geprüft.
- Relative Schutzhindernisse müssen von Markeninhabern geltend gemacht werden.

Markenrechtlicher Schutzumfang

- **Umfang des Schutzes:** Nur in den jeweilig genannten Schutzklassen (Märkten).
  - Z.B. keine Verwechslungsgefahr zwischen Marke für Software und elektronisch gestützter Dienstleistung für den Finanzsektor, auch wenn mit dem Angebot der Dienstleistung zugleich die Software beworben und mit der Bezeichnung der Dienstleistung auch die genutzte Software benannt wird.
- Der Inhaber der Marke oder geschäftlichen Bezeichnung erwirbt ein **ausschließliches Recht** an der Marke, d.h. Dritten ist es untersagt, ohne Zustimmung des Markenrechtsinhabers eine identische oder verwechslungsfähige Marke für identische oder verwechslungsfähige Waren oder Dienstleistungen zu benutzen. Zudem kann der Inhaber gegen Verwässerung der Marke vorgehen.
- In Einzelfällen kann durch **Benutzung und Verkehrsgeltung** entstandenes Markenrecht die Eintragung einer identischen oder verwechslungsfähigen Marke verhindern oder zu deren Löschung führen (§§ 10,12, MarkenG)
- Schutz gegen die Umgehung technischer Sperren (z.B. DRM-Systeme) durch § 24 Abs. 2 MarkenG
- Durch Lizenzvertrag kann Markennutzung gestattet werden.

Titelschutz für Softwareprogramme

- **Begriff:** Werktitel sind gemäß § 5 Abs. 3 MarkenG die Namen oder besonderen Bezeichnungen von Druckschriften, Film, Ton, und Bühnenwerken oder sonstigen vergleichbaren Werken. Die Software ist als Computerprogramm gemäß § 2 Ab2 Nr. 1 UrhG anerkannt, soweit die markenrechtlichen Schutzvoraussetzungen erfüllt sind.
- **Voraussetzungen:**
  - Umsetzungsfähiger **geistiger Gehalt** der Software, der für den Verkehr das Wesen des Programms ausmacht und **hinreichende Unterscheidungskraft** besitzt.
  - Vorliegen eines **fertigen** Computerprogramms zum Zeitpunkt der Bewerbung und Möglichkeit eines **tatsächlichen** Vertriebs.
- Titelschutz entsteht durch öffentlichkeitswirksame Ingebrauchnahme der Bezeichnung, z.B.im Rahmen der Werbung oder des Vertriebs. **Aber:** Es muss mit der Möglichkeit einer breiten Kenntnisnahme durch die interessierten Konkurrenten gerechnet werden können, wenn zwei oder drei Interessenten oder eine kleine Fachmesse Kenntnis erlangt, reicht das noch nicht (LG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2003 – 2a 230/00)
- ggf. auch Eintragung im Titelschutzanzeiger

Titelschutz für Softwareprogramme

- **Folgen:**
  - Schutzumfang für Bezeichnungen, unter denen ein Softwareprodukt auf den Markt gebracht wird
  - Zeitliche Vorverlagerung des Schutzes um 6 Monate: Durch öffentliche Bekanntmachung der Absicht der Ingebrauchnahme in geeigneten Publikationsorganen (z.B. „Börsenblatt des Deutschen Buchhandels— oder im „Titelschutzanzeiger)
- Nach der 6-monatigen Zeitspanne für Vermarktung verfällt die Wirkung der Titelschutzanzeige bei Erfolglosigkeit des Versuchs der Vermarktung.
- Titelschutz nur bei branchennahen Fragen, z.B.: Computerspiel „emergency“ - Durchsetzbarkeit des Werktitelschutzes wurde von LG Hamburg der Begründung abgelehnt, dass es zwischen den Parteien an der für die Inanspruchnahme eines Werktitelschutzes erforderlichen Branchennähe gefehlt habe. Der Hersteller des Computerspiels stehe in keinem unmittelbaren Konkurrenzverhältnis zu seinem Gegner, der unter der Internetadresse „emergency.de“ einen Online-Dienst für Informationen zu Notfällen anbot.
- **Bewertungstendenz der Rechtsprechung**: Verwechslungsgefahr im Softwarebereich wird nicht ohne weiteres angenommen, da der durchschnittliche Verbraucher immer aufgeklärter ist und mittlerweile selbst bei gleichlautenden Titeln die Möglichkeit von dahinterstehenden ganz unterschiedlichen Programmen erwägen kann.

Topographienschutz von Halbleitererzeugnissen

- **Begriff (§§ 1ff HalblSchG):** Eine Topographie – dreidimensionale Struktur – von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen (z.B. Mikrochip-Oberfläche) wird geschützt, wenn und soweit sie eine **Eigenart** aufweist. Der Schutz erstreckt sich auch auf selbständig verwertbare Teile und auf Darstellungen zur Herstellung von Topographien.
- **Definition der Topographie**: Die Topographie ist eine Reihe in Verbindung stehender Bilder, die ein festgelegtes, dreidimensionales Muster der Schichten darstellen und so miteinander in Verbindung stehen, dass jedes Bild das Muster einer Oberfläche des Halbleitererzeugnisses aufweist.
- **=> Geschützt sind nur die dreidimensionalen Strukturen von mikro-elektronischen Halbleitererzeugnissen, nicht aber der Speicherinhalt selbst. Schutz umfasst auch Masken und Layouts.**

Topographienschutz von Halbleitererzeugnissen

- Entstehung des Topographienschutzes: Durch Antrag beim DPA
- Eintragung erfolgt in Topographienrolle
- Keine Prüfung der Richtigkeit der in der Anmeldung angegebenen Tatsachen und der Erfüllung der Schutzvoraussetzungen
- Erst auf Antrag eines Dritten auf Löschung erfolgt detaillierte Prüfung.
- Schutzdauer: 10 Jahre
- Schutzumfang gilt nicht für Tätigkeiten in Forschung und Lehre. Daher sind Nachbildungen zu Analyse-, Bewertungs- oder Ausbildungszwecken zulässig. Analyse und Bewertung (reverse enigneering) beinhaltet die Rückentwicklung der geschützten Topographie

Schutz von Internet Domains - Entstehung

- **Domains:** Registrierung erfolgt ohne formale Prüfung nach Prioritätsgrundsätzen bei dem jeweiligen Provider (z.B. 1&1, Strato, etc.)
- Eigene **Recherche** vorab erforderlich, um Rechtsverletzungen zu vermeiden, da keine gesonderte Prüfung seitens Registrar erfolgt. Markeninhaber, Inhaber verwechslungsfähiger Namen, Geschäftskennzeichen, Firmen können einen Freigabeanspruch geltend machen.
- Zentrale Vergabestelle in Deutschland ist die DeNIC (Network Information Center), welche verantwortlich für die Registrierung der Second-Level-Domains ist (Top-Level-Domains werden von zentraler Vergabestelle ICANN in den USA vergeben)
  - Z.B. aktuell Verfahren bei ICANN für „newTLD“ (GeoTLD, BranchenTLD, etc.)

Kennzeichnungsfunktion von Domains

- **Kennzeichnungsfunktion der Domain:** Hauptziel ist Identifizierung und Individualisierung eines bestimmten Rechners. Domain selbst ist daher **kein Kennzeichen** im rechtlichen Sinne. Aber Indizwirkung auf bestehende Kennzeichenrechte.
- Rechtsstreit um Internet Domains: Kennzeichenrechtlicher Schutz aus unterschiedlichen Vorschriften kann Rechte auf Freigabe gegen Domaininhaber herleiten:
  - Namensrecht nach § 12 BGB
  - Name des Kaufmanns/Firma, § 37 HGB
  - Marken und geschäftliche Kennzeichen nach §§ 14,15 MarkenG
  - Wettbewerbsrechtlicher Schutz gem. § 3,4,5 UWG
  - Deliktischer Schutz nach §§ 823, 826, 1004 BGB

Schutz von Internet Domain Namen

- **Namensrechtlicher Schutz von Domains?**
  - Durch Indizwirkung hat Internetadresse eine Namensfunktion, gemäß § 12 BGB – allerdings fehlt es der Domain grundsätzlich an einer Kennzeichnungsfunktion.
  - Gebrauch des Namens ohne Benutzungsrecht als Internetdomain gilt als Anmaßung eines fremden Namens.
- **Folge:** Unterlassungsanspruch und Beseitigungsanspruch – sowie ggf. Schadensersatzanspruch des Berechtigten gegen den Domaininhaber.
- **Problem: gleichlautende Namen:**
  - **Fallbeispiel:** Herr Müller hat die Domain „mueller.de“ registrieren lassen. Firma „Müller Milch“ (oder Drogerie „Müller“) fordern Unterlassung.
  - Nach st. Rechtsprechung behindert die Eintragung eines überragende Verkehrsgeltung aufweisenden Unternehmenskennzeichens als Internet-Adresse durch eine Person gleichen Namens den Inhaber des Unternehmenskennzeichens in seiner geschäftlichen Betätigung. **Interessensabwägung erforderlich!**

Markenrechtlicher Schutz von Domains

- **Domain-Grabbing:** Spekulative Registrierung von Domain-Namen, die mit einer fremden Marke oder Firma etc. identisch oder sehr ähnlich ist. Dies geschieht nicht in der Absicht, die Domain für eigene lautere gewerbliche Zwecke zu nutzen, sondern um mit der Freigabe an berechtigte Interessenten ein „Lösegeld“ zu erhalten.
- Rechtsmissbräuchlich i.S. der §§ 14,15, MarkenG – allerdings ist Voraussetzung, dass der Domain-Name – soweit er abgewandelt wurde – als Marke eingetragen wurde (Kriterien der Unterscheidungskraft) oder die erhebliche Verkehrsgeltung der Markte erreicht hat. Zudem ist Verwechslungs- oder Verwässerungsgefahr notwendig.
- Gleichzeitig immer Verstoß gegen Wettbewerbsrecht (§§ 3ff UWG)

Markenrechtlicher Schutz von Domains

- **Fallbeispiele Domainregistrierungen mit kennzeichenrechtlicher Relevanz:**
  - Registrierung von „zwilling.de“ neben Vielzahl anderer, völlig wesensfremder Domains, wie Autohersteller
    Verwässerungsgefahr => **Freigabeanspruch.**
  - Registrierung von „freundin.de“ für Partnerschaftsvermittlung – Zeitschrift hat Titelschutz (§ 5 Abs. 3 MarkenG)
    Verwässerungsgefahr => **Freigabeanspruch**
  - Registrierung von „tnet.de im Jahr 1993, markenrechtliche Eintragung von T-Net und T-Net ISDN im Jahr 1995/1997 – prioritätsältere Rechte durch Nutzung?
    Markenrecht überwiegt => **kein erfolgreicher Unterlassungsanspruch**

Gattungsbegriffe als Domain-Namen

- **Branchenbezeichnungen als Domain:** Internetsuche mittels Direkteingabe von Branchenbezeichnungen gewinnt an Bedeutung. Allgemeine, nicht kennzeichnungsfähige Gattungsbezeichnungen werden als Domain-Namen verwendet, z.B. „reise.de“, „baumarkt.de“, „mitwohnzentrale.de“.
- Freigabeanspruch kann sich **nicht** nach Namens- oder Markenrecht richten, da keine hinreichende Unterscheidungskraft gegeben ist.
- Möglichkeit: **Wettbewerblicher Unterlassungsanspruch** (§§ 3,4 Nr. 10 UWG), wenn aus Registrierung wettbewerbswidrige Behinderung eintritt. Wettbewerbsrechtliche Relevanz hängt von Suchgewohnheiten der Internetnutzer ab. Häufig entsteht **faktische Monopolisierung** des Gattungsbegriffs, da Nutzer keine Veranlassung sehen, weiter zu suchen- **=> Monopolisierung von Gattungsbegriffen im Internet hat unlautere Absatzbehinderung zur Folge, da Kunden abgefangen werden und Kundenströme kanalisiert werden.**
- Wesentlich für wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch kann auch Zuordnung aus Sicht des Kunden sein: Registrierung von „hauptbahnhof.de“ DB AG hat Unterlassung gefordert, da Vielzahl von Nutzern „Hauptbahnhof mit DB Konzern in Verbindung bringt und erwartet, Informationen der DB zu finden.

Wettbewerbsrecht - Grundlagen

- **Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb:** Verhältnis Gewerbetreibender (Hersteller, Händler, etc.) untereinander als Mitbewerber sowie Schutz der Verbraucher vor unlauteren geschäftlichen Handlungen ist vom Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb **(UWG)** umfasst.
- Schutzbereiche
  - Verbot unlauteren Wettbewerbs (§§ 3,4, UWG)
  - Verbot irreführender und vergleichender Werbung (§§ 5,6 UWG)
  - Unzumutbare Belästigungen (§ 7 UWG)
  - Regeln über Preisangaben nach der PAngV
  - Branchenbezogene Werberegeln (Arznei- und Heilmittel), Lebensmittel, Tabak etc.

Wettbewerbsrecht- Schutzbetroffene

- **Generalklausel (§ 3 Abs. 1 UWG):** *Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, die geeignet sind, die Interessen vom Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.*
- **Schutzbetroffene**
  - **Mitbewerber:** Jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG)
  - **Verbraucher:** Jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der nicht überwiegend ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen Tätigkeit dient (§ 13 BGB)
  - **Marktteilnehmer:** Neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG)

Wettbewerbsrecht – Unlautere Handlungen

- **Unlautere Handlungen sind u.a.:**
  - Handlungen, die geeignet sind, den **Werbecharakter** geschäftlicher Handlungen zu **verschleiern** – z.B. Täuschung durch irreführende Werbung, Lockvogelangebote, Tarnung von Verkaufs- und Werbemaßnahmen, redaktionelle Werbung, etc. (§ 4 Nr. 3).
  - Wenn bei Verkaufsfördermaßnahmen wie Preisnachlässe, Zugaben oder Geschenke die **Bedingungen** für die Inanspruchnahme **nicht eindeutig** und klar angegeben werden (§ 4 Nr. 4 UWG).
  - Handlungen, die geeignet sind, Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönliche oder geschäftliche Verhältnisse eines Mitbewerbers **herabzusetzen oder zu verunglimpfen** (§ 4 Nr. 7 UWG).
  - Handlungen, die Waren, Dienstleistungen eines Mitbewerbers **nachahmen** und anbieten, wenn a) eine vermeidbare **Täuschung** der Abnehmer über die betriebliche **Herkunft** herbeigeführt werden oder b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung **unangemessen ausgenutzt** oder beeinträchtigt wird oder c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen **unredlich erlangt** wurden (§ 4 Nr. 9 UWG).

Wettbewerbsrecht - Subsidiarität

- **Überschneidungen mit anderen Schutzrechten:**
  - Schutzbereich des Urheberrechts sowie sonstiger gewerblicher Schutzrechte betroffen
  - Spezialgesetze haben Vorrang vor UWG
  - Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz gegen Nachahmung besteht nur, soweit dieser von Spezialgesetzen nicht umfasst ist.
- **Beispiel:** Software ist urheberrechtlich geschützt. Spezialregelungen des Urheberrechts haben Vorrang vor ergänzenden lauterkeitsrechtlichem Leistungsschutz. Relevant bei einer nicht autorisierten Verbreitung/Kopie eines Computerprogramms, wenn kein Urheberrechtsschutz besteht, weil insofern ein Wettbewerbsverstoß vorliegt.

Wettbewerbsrecht – Geheimnisschutz

- **Geheimnisschutz:** Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ist strafbar (§§ 17ff UWG), zudem Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch (§§ 823 Abs. 2, 1004 BGB).
- **Verletzungshandlungen:**
  - Unbefugte Mitteilung durch Beschäftigte, an Dritte, welche Programme in welcher Weise im Unternehmen eingesetzt werden
  - **Unbefugte Aneignung**, indem sich ein Dritter durch Anwendung technischer Mittel, Herstellung einer Kopie oder eines Computerausdrucks oder Wegnahme des Softwareprogramms unbefugt ein Unternehmensgeheimnis, z.B. ein Quellenprogramm verschafft
  - **Unbefugte Verwertung oder Weitergabe** des durch unbefugte Aneignung erlangte Softwareprogramm
  - **Unbefugte Verwertung oder Weitergabe anvertrauter Unternehmensgeheimnisse,** wenn jemand ein ihm im geschäftlichen Verkehr anvertrautes Softwareprogramm zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz unbefugt kopiert.

Wettbewerbsrecht – Geheimnisschutz

- **Softwareprogramme können als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis geschützt sein:**
  - Umfasst ist das Quellformat, Schnittstelleninformationen und der zu Grunde liegende Algorithmus (solange nicht allgemein zugänglich)
  - Nicht umfasst ist der Object Code (da allgemein zugänglich gemacht)
  - Dekompilieren des Programms = Verletzung des Know-How-Schutzes mit technischen Mitteln gem. § 17 Abs. 2 Nr. 1a UWG!
- Wettbewerbsrechtlicher Geheimnisschutz für Softwareprogramme wird durch allgemeine Straftatbestände ergänzt:
  - § 202a StGB: Ausspähen von Daten
  - § 303a StGB: Datenveränderung
  - § 268 StGB: Fälschung technischer Aufzeichnungen
  - § 269 StGB: Fälschung beweiserheblicher Daten

V. EDV-Vertragsrecht - Softwarevertragsrecht

- Allgemeine Softwaretypen
- Besonderheiten Softwaretypen
  - ASP
  - Open Source Software
    - GPL - General Public License
  - Shareware
- Softwarelizenzverträge & Softwarevertriebsverträge, einschließlich der Darstellung verschiedener Lizenzmodelle
- Softwarepflegevertrag

Softwarevertragsrecht - Standardsoftware

- **Standardsoftware:**
  - Software, die nicht speziell für die Bedürfnisse des Abnehmers hergestellt wurde
  - Bleibt Standard wenn sie später zur Herstellung der Lauffähigkeit auf die individuellen Bedürfnisse angepasst wird – Ausnahme: Bildet nur noch die Basis für umfassende Änderung zur einzelnen, dann kundenspezifischen Software
- Überlassung von Standardsoftware auf Dauer gegen Entgelt (auch Ratenzahlung), keine weitergehenden Beschränkungen (Befristungen, Weiterentwicklungen, keine Pflege/Wartung: **Kaufvertrag**
- Sobald zum Erwerb „nackter" Software eine irgendwie geartete Neben-/Anpassungsleistung mit vereinbart wird (Individualsoftware): aus Kaufvertrag wird **Werkvertrag**
- Durch Trennung oder Kombination der vereinbarten Leistung lässt sich Wahl des Vertragstyps gestalten:
  - Insbesondere Auswirkung auf Gewährleistungsrechte

Softwarevertragsrecht - Individualsoftware

Individualsoftware

- Bei der Lieferung von Individualsoftware wird nicht bloß ein Computerprogramm auf Datenträger oder online übergeben, sondern eine auf die Bedürfnisse des Anwenders zugeschnittene Individuallösung erstellt und **auf Dauer überlassen**
  - im Vordergrund steht die Werkleistung: **Werkvertrag**
  - Gilt auch für individuelle Anpassungs-/Umstellungs-Programmierungen

Softwarevertragsrecht - Sonderformen

- **Application Service Providing – ASP**
  - Zur-Verfügung-Stellung von Software zur Nutzung über Datenfernübertragung, heute meist über das Internet
    - Programm kann browserbasiert oder durch Übertragung allein der Grafikdaten des Bildschirms (so bei CITRIX) remote genutzt werden
  - Leistungen des Anbieters (Application Service Provider)
    - Beschaffung und Hosting der Software
    - gewisse Softwarepflege (Fehlerbeseitigung, Einspielen von Patches, etc.)
    - u.U. auch weitere Services im Bereich der individuellen Anpassung (z.B. Parametrisierung)
  - **Mietvertrag** (BGH, MMR 2007, 243 ff.)
    - auch bei flüchtigen (stromabhängigen) Speichermedien liegt hinsichtlich der Software eine Verkörperung vor
    - Überlassung einer körperlichen Sache ist nicht erforderlich (siehe § 535 BGB: „… dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren.“)

Softwarevertragsrecht - Sonderformen

- **Cloud Computing**
  - Wird als Weiterentwicklung des ASP angesehen, da bei CC bestehende und neue IT-Konzepte (z.B. Service orientated architecture, verteilte Datenverarbeitung, Virtualisierung unter Nutzung von TK-Netzen, etc.) vereint werden
  - Vielzahl von Leistungen des Anbieters, die im jeweiligen CC-Angebot auch variieren können
  - **Typengemischter Vertrag** mit wesentlichem mietvertraglichem Charakter

Softwarevertragsrecht – Sonderformen OSS

- **Open Source Software - Überblick**
  - Software wird kostenfrei und ohne Einschränkungen auf Dauer überlassen, jedermann darf verändern und weiterverarbeiten
  - üblich: Software steht unter General Public License – GPL
    - „Copy Left Lizenz“: Software darf frei vertrieben werden, muss aber wieder Regelungen der GPL unterworfen sein.
  - Bloße Überlassung
    - **Schenkungsvertrag**
    - bei Einbindung in kostenpflichtiges Gesamtprodukt **Kaufvertrag**

Softwarevertragsrecht - Sonderformen OSS

- **Definition Open Source Software (OSS):** Einzelne Anwendungsprogramme oder ganze Betriebssysteme, deren Quelltext (Source Code) frei zugänglich sind, mit der Erlaubnis der Untersuchung, Verbreitung und Veränderung - wenn diese, entsprechend der erhaltenen Rechte, Anderen eingeräumt werden und der Quellcode frei zugänglich bleibt
  - R. Stallmann (Gründer FSF (Free Software Foundation)): „free" nicht im Sinne von „free beer" sondern wie „free speech". **Free Software** ist also nicht stets kostenlos/unkommerziell, Kunde erhält aber sehr offene Lizenz
  - Forderungen nach einem 3. Korb (3.Urherberrechtsreform), in dem softwarerelevante Themen behandelt werden sollen (v.a. Open Source-Verwertungsmodelle) halten an – derzeit sind diese Punkte jedoch nicht Kern der Urheberrechtsreform (Fokus lag auf Leistungsschutzrechten)
- Kein Verzicht auf Urheber- und andere Rechte an der Software

Softwarevertragsrecht - GPL

- **GPL (General Public License)**: Die bekannteste OSS-Lizenz in bereits 3. „Auflage“: Ihre Hauptmerkmale sind vertragstypologisch (Schenkung, V sui generis, Leihe?) und AGB-rechtlich im Detail noch nicht geklärt
- **Aber: Grundsätzliche Wirksamkeit der GNU GPL (Open Source-Lizenz)**
  - Bestätigt durch LG München GRUR-RR 2004, 350; LG Frankfurt CR 2006, 729; LG München CR 2008, 57
- Die GPL gilt für alle Programme, die mit einen Hinweis des Urhebers versehen sind, dass die Software nur gemäß den Bedingungen der GPL vertrieben werden darf (Abschnitt O der GPL)
  - Rechte und Pflichten aus der GPL (abrufbar unter: http://www.gnu.org/licenses/gpl.html)
- Vertragspartner sind Urheber (Lizenzgeber) und Empfänger (§ 6 GPL)
- Die GPL enthält ein Angebot der Rechteinhaber an jedermann, dabei ist auch eine konkludente Annahme möglich, d.h. durch eine bestimmte Handlung wie das Benutzen oder durch Vornahme von Veränderungen an der Software. Nur wenn zu diesem Zeitpunkt die Lizenzbedingungen einsehbar sind, werden sie wirksamer Vertragsbestandteil.

Softwarevertragsrecht - GPL

- Sofern die GPL gem. §§ 305 ff. BGB wirksamer Vertragsbestandteil geworden ist, räumt sie dem Nutzer ein einfaches urheberrechtliches Nutzungsrecht ein (§ 31 UrhG) für:
  - das Kopieren und Verbreiten des Quelltextes, § 1 GPL
  - Bearbeitungen des Quelltextes, die wiederum kopiert und verbreitet werden dürfen, § 2 GPL
  - das Kopieren und verbreiten des Programms im Format des (maschinenlesbaren) Objektcodes, § 3 GPL
- In den Lizenzklauseln sind die Bedingungen aufgestellt, unter denen die genannten Handlungen gestattet sind
- § 4 GPL: Verwertung der Software ist nur im Rahmen der Lizenz gestattet - anderenfalls erlöschen sämtliche Nutzungsrechte des Nutzers automatisch

Softwarevertragsrecht - GPL

- **Die Nutzungsformen im Einzelnen:**
  - Ausführen des Programms: Das Ausführen des Programms im eigentlichen Sinne ist nicht von der Lizenz erfasst und daher ohne Einschränkungen zulässig.
  - Kopieren und Verbreiten des unveränderten Programms:
    - Jede angefertigte und verbreitete Kopie muss einen **auffälligen Copyright-Vermerk**, einen Haftungsausschluss sowie eine Kopie der GPL selbst enthalten (§ 1 GPL)
  - Modifizierung und Weitergabe des Programms:
    - **Vorgenommene Ergänzungen oder Veränderungen am ursprünglichen Programm** hat der Programmierer bei Weitergabe **kenntlich zu machen** sowie mit Datum und seinem Namen (oder Synonym) zu versehen (§ 2 GPL). Für Weitergabe oder Bearbeitung des Programms darf **keine Lizenzgebühr** erhoben werden (§ 2 b) GPL). Erlaubt ist lediglich, die **Kosten für den eigentlichen Kopiervorgang** und den **physischen Datenträger** zu verlangen, deren Höhe nicht beschränkt sind
    - **Weitergabe des Programms als Objektcode:** § 3 GPL erlaubt eine Vervielfältigung und Weitergabe des ursprünglichen oder der modifizierten Programms in der Form des Objektcodes. Dies bedeutet z.B. eine ausdrückliche Gestattung auch in sog. Embedded Systemen, also der Koppelung von Hard- und Software in Kleincomputern (Steuer- und Kontrollgeräte, Navigationsgeräte etc.) wenn: a) §§ 1 und 2 GPL erfüllt sind; b) dem Objektcode der Quelltext beiliegt oder c) ein mindestens 3 Jahre gültiges schriftliches Angebot beigefügt ist, jedem Dritten eine vollständige Version des Quelltextes zu liefern

Softwarevertragsrecht - Shareware

- **Shareware**
  - Voll-, oder abgespeckte Versionen eines Programms, die der Nutzer für einen begrenzten Zeitraum - meist 1 Monat - kostenfrei nutzen kann
  - Will der Nutzer das Programm danach weiter verwenden bzw. die Vollversion erwerben, so muss er sich registrieren und meist eine Gebühr an den Urheber entrichten
  - Der Quelltext ist nicht zugänglich und darf nicht bearbeitet werden
  - Unterschied zu **Public-Domain-Programmen** (PD): Bei diesen erfolgt keine kommerzielle Verwertung, Verzicht auf Urheberverwertungsrechte

Softwarevertragsrecht – Grundlagen

- **Softwarelizenzen**
  - **Vertragstyp** – offen. Je nach konkreter Vereinbarung entweder Kaufvertrag oder Mietvertrag, Werkvertrag, etc. Der Vertragspartner erhält die Befugnis, das lizensierte Recht in dem vertraglich vereinbarten Umfang zu nutzen
  - Ausnahme bei Individualsoftware: keine Miete
- Praktischer Vorgang der Überlassung der Software:
  - Übergabe von ausführbarem Code (online oder auf Datenträger)
  - Vertragliche Einräumung des Rechts, die übergebene Software zu nutzen

    → „Lizenz"
    - Beispiele für Nutzungsformen: Einzelplatz-, Mehrplatznutzung/Netzwerknutzung, Konzernlizenz
    - Beispiele für Nutzungsbeschränkungen: zeitlich, räumlich, Verbot der Kopieerstellung, Vertriebsrechte

Softwarevertragsrecht - Vertragstypen

- **Kriterien für Lizenzvertragstypen**
  - **Kaufvertrag:** Einmalige Zahlung gegen Übertragung des Rechts oder dessen ausschließlicher oder endgültiger Nutzung, keine zeitliche Befristung o. Beschränkungen hinsichtlich räumlicher Nutzung, Weiterentwicklung, keine Übernahme von Pflege und Wartung, keine Informations- und Kontrollrechte
  - **Mietvertrag:** Besitzüberlassung und Nutzung des Rechts, Definition zur Verwendung, zeitliche Befristung und Nebenpflichten, keine Vervielfältigung und Verbreitung, keine Sublizenzen, Informations- und Kontrollrechte, Übernahme Wartung und Pflege
  - **Rechtspacht:** Besitzüberlassung und Nutzungsrecht an Software (inkl. Früchte am Recht), zeitliche Befristung und Nebenpflichten wie bei Miete, aber Erlaubnis zur Vergabe von Sublizenzen (Zweckübertragungsgrundsatz, Erschöpfungsgrundsatz). Relevant für gewerbliche Vermietung von Software
  - **Werkvertrag:** Werkunternehmer trägt Erfolgsrisiko, Vergütung erst nach Abnahme des Werkes. Relevant bei Softwareerstellung oder Anpassung der Software

Softwarevertragsrecht - Softwareerstellung

- **Softwareerstellungsvertrag:**
  - **Stets Individualsoftware**
  - **Wesentliche Grundlagen:**
    - Leistungsbeschreibung! Erstellung eines Pflichtenhefts/fachliche Feinspezifikationen
    - Aktivitäten und Fristenplan
    - Regelungen zum **Change Request** (Dringlichkeit, Auswirkungen auf Fristen, gesonderte Vergütung, Regelung zur Nichteinigung)
    - Abnahmepflichten
    - Ggf Schulungen
  - **Urheberrechtliche Aspekte:**
    - Regelungen zur Rechteeinräumung (Quellcode)
    - Mindestrecht des Endkunden: Recht auf Fehlerbeseitigung
  - **Subunternehmer-Vertrag:**
    - Freie Mitarbeiter, Entleihe von Arbeitnehmern, Subunternehmer
    - Muss vertraglich erlaubt sein
    - Vertraulichkeitsvereinbarung, Haftungsregelungen

Softwarevertragsrecht - Überlassung

Softwarelizenz-Kauf

- **Leistungsgegenstand**
  - Häufig auf Datenträger verkörpertes Vervielfältigungsstück/oder Download (ebenfalls Vervielfältigungshandlung) – **dauerhaftes Nutzungsrecht** gegen **Einmalvergütung** (ggf. auch in Raten)
  - Umfang
    - Einfach (nicht ausschließlich für die Software an sich)
    - Einzelplatz/Mehrplatz/Netzwerk
    - Vertriebsrecht – Erschöpfungsgrundsatz!
- **Sonderproblem:** Einbeziehung von Hersteller-AGB. Da Software zumeist vom Händler und nicht vom Hersteller erworben wird, erfolgt die Einbeziehung von AGB über Lizenz oder Registrierungskarten des Herstellers (bei Online-Vertrieb standardmäßig über gesonderte Registrierung beim Hersteller und Zustimmung zu abrufbaren AGB).

Softwarevertragsrecht – Überlassung

- **Detailliertes Nutzungsrecht:**
  - Programminstallation
  - Anfertigung von Sicherungskopie
  - Laden des Programms in Arbeitsspeicher und Ablauf des Programms
  - Notwendige Handlungen im Rahmen einer Fehlerberichtigung
  - Ggf. ausnahmsweise reverse engineering zur Schnittstellenermittlung (bis dahin ggf. Fehleranalysen möglich)
- **Fallbeispiel: AGB-Klausel für sonstigen Nutzungsausschluss:** *„Außerhalb dieser Handlungen darf der Anwender keinerlei Änderungen, Übersetzungen oder Vervielfältigungen des Computerprogramms vornehmen, auch nicht teilweise oder vorübergehend, gleich welcher Art und mit welchen Mitteln. Eine unzulässige Vervielfältigung stellt auch der Ausdruck des Programmcodes dar. Änderungen, zu denen nach Treu und Glauben die Zustimmung nicht verweigert werden kann (§ 39 Abs. 2 UrhG), sind statthaft."*
- ***Zulässig***

Softwarevertragsrecht – Überlassung

- **Beispielsklauseln für Mehrfachnutzungen und Netzwerkeinsatz:**
  - *Der Anwender darf die Software auf jeder ihm zur Verfügung stehenden Hardware einsetzen. Wechselt der Anwender jedoch die Hardware, muss er die Software von der bisher verwendeten Hardware löschen.*
  - *Ein zeitgleiches Einspeichern, Vorrätighalten oder Benutzen auf mehr als nur einer Hardware ist unzulässig. Möchte der Anwender eine Software auf mehreren Hardwarekonfigurationen gleichzeitig einsetzen, etwa durch mehrere Mitarbeiter, ist eine entsprechende Anzahl von Programmpaketen zu erwerben.*
  - *Der Einsatz der überlassenen Software innerhalb eines Netzwerks oder eines sonstigen Mehrstationen-Rechnersystems ist unzulässig, sofern damit die Möglichkeit zeitgleicher Mehrfachnutzung geschaffen wird. In diesem Fall ist die Mehrfachnutzung durch Zugriffsschutzmechanismen zu unterbinden oder es ist eine gesonderte Netzwerkgebühr zu entrichten, deren Höhe sich nach der Anzahl der der an das Rechnersystem angeschlossenen Benutzer bestimmt. Der Einsatz in einem derartigen Netzwerk oder Mehrfach-Rechnersystem ist erst nach der vollständigen Gebührentrichtung zulässig.*

Softwarevertragsrecht – Weiterverkauf von Software - Gebrauchtfall

- **Ermittlung der Nutzungsberechtigung bei Weiterverkauf**
- **Fallbeispiel:** Computerhändler erwirbt Gebrauchtgeräte mit Betriebssoftware zum Zwecke des Weitervertriebs. Softwarehersteller verlangt Unterlassung, da er alleiniges Urheberrecht hat und dem Endkunden nur ein einfaches, nicht übertragbares Dauernutzungsrecht auf einer bestimmten Anlage im Wege der Lizenz eingeräumt wurde.
- **Kein Unterlassungsanspruch** hinsichtlich des Handels gebrauchter EDV-Anlagen mit Betriebssystemsoftware – es hat eine Veräußerung stattgefunden, so dass Erschöpfungsgrundsatz anzuwenden ist. Entsprechende Veräußerungsverbote verstoßen gegen § 307 BGB (OLG Nürnberg, CR 1990, 118).

Softwarevertragsrecht – Exkurs: Raubkopien

- Software enthält Urheberrechtsvermerk ©, Jahr und Autor um erkennbar zu machen, wer Urheberrecht beansprucht.
- **Raubkopien** stellen eine **strafbare Urheberrechtsverletzung** dar.
- **Fallbeispiel:** Angebot von Standardsoftware zu extrem niedrigem Preis. **Vom Erwerb ist abzuraten,** um strafrechtliche Folgen zu vermeiden. Ungewöhnlich niedriger Preis ist für Branchenerfahrene ein Anlass die ordnungsgemäße Lizenzierung zu überprüfen (§§ 69a Abs. 3, 106 Abs. 1, 108a Abs. 1 UrhG).
- Dem Urheberrechtsinhaber steht das Recht zu, vom Eigentümer/Besitzer von Raubkopien die Vernichtung zu verlangen (§ 69f UrhG).

Softwarevertragsrecht – Softwareänderungen

Änderungen während der Vertragsdauer

- **Relevante Fälle:**
  - Änderungen durch den Kunden – zumeist untersagt, soweit nicht Fehlerbeseitigung
  - Änderungen durch den Lieferanten durch Updates: Zwischen Abschluss des Kaufvertrages und Lieferung. Bei genauer Bezeichnung der Version in Kaufvertrag, Verpflichtung zur Übertragung der genannten Version. Soweit Version offen geblieben ist, Verpflichtung zur Lieferung der neuesten Version.
- **Fallbeispiel:** Verpflichtung des Kunden durch AGB zur Einspielung neuerer Versionen :
  - *„Der Kunde wird auf Wunsch des Lizenzgebers einen neuen Änderungsstand (Mängelbeseitigung), bzw. entgeltlich neue Release-Stände (Verbesserungen inkl. Mängelbeseitigung) der Systemsoftware übernehmen, wenn dies zur Vermeidung von Ausfällen der Systemsoftware oder Hardware notwendig ist oder der Vermeidung oder Beseitigung von Mängeln dient oder vom Lizenzgeber aus anderen Gründen für erforderlich erachtet wird."*
- **Problem:** Änderungen erfordern weitergehende Änderungen in Hardware- und Softwareumgebung beim Kunden.
- Verpflichtung durch AGB zum Update seitens des Kunden ist unzulässig (§ 307 BGB). Insbesondere Verpflichtung des Lieferanten, auf Gefahren hinzuweisen, da sonst zusätzlich Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten vorliegt.

Softwarevertragsrecht - Mangelbegriff

Mangelbegriff bei Software

- Mängelbegriff des **Informatikers:**
  - Jedes objektive technische Versagen ist ein Fehler
  - *„Software kann nie fehlerfrei sein“*
  - *Gibt es überhaupt technisch fehlerhafte, aber dennoch mangelfreie Software?*
- Mängelbegriff des **Juristen:**
  - Mangel „ist die Abweichung der Ist- von der **Sollbeschaffenheit**“
  - Für Feststellung eines Mangels bedarf es daher einer (gerichtsfesten) Übereinkunft, was denn als „Soll“ und „Ist“ zwischen den Parteien vereinbart war
  - *„Wie Leistungsbeschreibung? Service Level Agreement? War doch klar, was die Software können sollte bzw. nicht kann…“*

Softwarevertragsrecht - Mangelbegriff

Sollbeschaffenheit:

- Vereinbarte Beschaffenheit
  - Leistungsanforderungen/Pflichtenheft
- Vertraglich vorausgesetzte Verwendung
  - Bedeutung der Vertragsformulierung / Ausschreibungsunterlagen
- Gewöhnliche Verwendung
  - Problem: fehlende gesetzliche Standards in der IT

Softwarevertragsrecht – Mängelgewährleistung

- **Fallbeispiel für Gewährleistungsbegrenzungen in AGB:**
  - *„Der Lieferant gewährleistet, dass die Programme bei vertragsgemäßer Nutzung den Spezifikationen entsprechen, d.h. der Beschreibung der Anwendungsmöglichkeiten der Programme, die vom Lieferanten in den Programmunterlagen beigefügt wird.“*
  - **Unzulässig:** Beschränkung liegt darin, dass auf eine Dokumentation verwiesen wird, die erst **nach Abschluss** des Vertrages übergeben wird. Zudem beschränken sich Mängel auf bloße Abweichungen von Spezifikationen – somit gelten Gebrauchsbeeinträchtigungen, die nicht in Referenzen spezifiziert sind, nicht als Mangel.
- Versuche, Gewährleistung variabel zu halten, indem die Beschreibung nachträglich geändert werden darf, sind unwirksam
- Mängelbeseitigung grds. nach allgemeinen Vorgaben, (vgl. Hardwarevertragsrecht)

Softwarevertragsrecht – Mängelgewährleistung bei OSS

- Sonderfall: Bei Open Source Software soll Gewährleistung und Haftung generell ausgeschlossen sein.
  - Gänzlicher Ausschluss ist unzulässig
  - OSS wird als Schenkungsvertrag eingeordnet: Haftung nur bei Arglist, Gewährleistung bei arglistigem und grob fahrlässigen Verschweigen von Mängeln
- Sonderfall GPL, GNU Public License: CLAUSE 11
  - *„NO WARRANTY – Because the program is licensed free of charge, there is no warranty for the Program, to the extend permitted by (applicable) law. Except when otherwise stated in writing, the copyright holders and/or parties provide the program as is without warranty of any kind, either expressed or imlied, including, but not limited to, the implied warranties of merchantability and fitness for a particular purpose. The entire risk as to the quality and performance of the program is with you. You assume the cost of all necessary servicing, repair or correction.“*
  - Beschränkung ist nach deutschem Gewährleistungsrecht unzulässig. Auch die salvatorische Klausel (to the extend…) kann der Unwirksamkeit nicht abhelfen.

Softwarevertragsrecht – Mängelgewährleistung

- Mängel: Häufige Fehlertypen in der Praxis:
  - Funktionsdefizite – z. B. fehlende HELP-Funktion
  - Funktionsmängel – z. B. Unfähigkeit Umlaute auszugeben
  - Kapazitätsmängel/ungewöhnliches Antwortzeitverhalten
  - Programmsperren – selbst Kopierschutz ist häufig unzulässig
  - Fehlen/Fehler der Dokumentation – z. B. nicht in deutscher Sprache
  - Öffentliche Aussagen des Herstellers/Händlers – z. B. zur Kompatibilität
  - Fehlerhafte Installation/Installationsanleitung

Softwarevertragsrecht – Überlassung Miete

- **Softwareüberlassung - Miete: Besonderheiten gegenüber dem Kauf**
- **Fallgruppen:** ASP, auch entgeltpflichtige Online-Nutzung von Software (ohne Installation) stellt Gebrauchsüberlassung in Form von Miete dar.
- **Leistungsgegenstand:**
  - Entgeltliche Überlassung der gebrauchstauglichen (!) Software auf Zeit
  - Nutzungsrecht ist:
    - zeitlich begrenzt,
    - Einschränkungen möglich, z.B. Weitergabeverbot, Änderungsverbot
  - Mehrfachvergütung: Berechnung der Vergütung ist abhängig von Nutzungsdauer, Transferleistung, beanspruchter Speicherkapazität, Anzahl der Lizenzen
  - Sondervergütung für Updates
- Kündigungsrechte
- Rückgabepflicht (zumindest) des Trägermaterials

Softwarevertragsrecht - Haftung

- **Beispiel für AGB-Klausel**
  - *„Für Rechtsmängel und Garantien haftet X maximal bis zur Höhe von 50 % des Auftragswertes. Dies betrifft auch die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz."*
- **Gem. § 309 Nr. 7 BGB ist in AGB unwirksam:**
  - Ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit
  - ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung beruhen

Softwarevertragsrecht - Nutzungsbeschränkungen

- **Beispiel für AGB-Klausel**
  - *„Der Lizenznehmer darf die Software nicht an Dritte weitergeben, unterlizenzieren, vertreiben… Eine Übertragung der Nutzungsrechte bedarf der ausdrücklichen und vorherigen schriftlichen Zustimmung von X.“*
- Gemäß §§ 69 d Abs. 1 UrhG, 307 BGB darf keine Beschränkung der „bestimmungsgemäßen Nutzung“ erfolgen:
  - Die „bestimmungsgemäße Nutzung“ bestimmt sich nach dem Überlassungszweck – und damit wesentlich nach dem Charakter deszugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts, also i. d. R. Kauf, Werk, Miete

Softwarevertragsrecht - Pflegeverträge

Softwarepflegevertrag

- Rahmenvertrag: **Dienstvertrag**
- Einzelleistungen:
  - Support: **Dienstvertrag**
  - Update/Upgrade-Lieferung: **ggf. Kaufvertrag/ Mietvertrag**
  - Instandsetzung/Fehlerbehebung: **Werkvertrag**
- Jeder Vertragsteil ist grundsätzlich gesondert zu betrachten

Softwarevertragsrecht - Pflegeverträge

Softwarepflegevertrag

- Leistungsgegenstand:
  - Pflege/Wartung:
    - Analyse Fehlerbeseitigung, Funktionserhaltung
    - Essentiell: **Begriffsdefinitionen** (z.B. Mangel, Fehler, Störung, „Probleme", Version, Release, Upgrade, Update, Korrekturversionen, Bug fixes, Patches, Service packs)
    - Nicht umfasst sind zumeist Aktualisierung, Weiterentwicklung, Beratung – ggf. gegen gesonderte Vergütung
    - Ggf. Differenzierung zw. „Basispflegeleistungen" & „additive Pflegeleistungen" entsprechend EVB-IT-Pflege
  - Beratung, Support – Hotline
  - Lieferung und Installation Updates/Upgrades/Releases
  - Instandsetzung
- Wesentlich ist Vereinbarung von Reaktionszeiten und Beseitigungszeiten!

Notwendigkeit von Leistungsbeschreibungen und SLA

- Gesetzliche Vorschriften enthalten keine brauchbare Qualitätsdefinition für den IT-Bereich, § 243 Abs. 1 BGB bestimmt: „Leistungen mittlerer Art und Güte“
- Fehlt eine vertragliche Regelung, durch welche die Verfügbarkeit beschränkt wird, so hat der Anbieter grundsätzlich für eine 100%ige Verfügbarkeit einzustehen (BGH, Urteil v. 12.12.2000 XI ZR 138/00, „Online-Banking“)
- Im IT-Bereich sind zumeist „maßgeschneiderte Lösungen“ notwendig, gesetzliche Gewährleistungsansprüche passen oft nicht (Bsp.: Keine Mängelansprüche im Dienstvertragsrecht, werkvertragliches Nachbesserungsrecht oftmals faktisch ausgeschlossen)
- Zusätzliche Vergütung für SLA oder Wartungsvertrag? Abgrenzung zum normalen Gewährleistungsrecht (der berüchtigte „Software-Pflegevertrag“ oder „Gold-Service“?)

Exkurs: Software-Escrow

- **Bedeutung:** Escrow (escrowe) = „a deposit or fund held in trust or as a security“ (Sicherheitshinterlegung)
- **Interessenlage Hersteller**
  - Schutz der Investition in die Entwicklung der Software
  - Schutz von Know-how und Geschäftsgeheimnissen
  - Schutz vor „Eigenentwicklungen“ und „Wartung“ des Anwenders
- **Interessenlage Softwareanwender:**
  - Absicherung der Investition in die Software
  - Dauerhafte Verfügbarkeit von Wartung und Pflege
  - Gegebenenfalls Möglichkeit der Weiterentwicklung

Exkurs: Software-Escrow

- **Lösung:** Herausgabe einer Kopie des Quellcodes unter Abschluss einer Escrow-Vereinbarung
  - Software-Escrow-Vereinbarung: Hinterlegung des Quellcodes bei Treuhänder (z.B. Agentur, Notar)
  - „Ziehung" des Quellcodes nur im vertraglich vereinbarten Herausgabefall (z.B. Insolvenz, vertragswidrige Unzuverlässigkeit)
- Wichtig: sorgfältige vertragliche Vereinbarung treffen, um im Insolvenzfall nicht am Insolvenzverwalter zu scheitern
  - Vereinbarung eines frühen Zeitpunkts der Erfüllung der vertraglichen Pflichten (insbesondere bereits Übereignung des Quellcodes unter aufschiebender Bedingung des Nutzungsrechts)
  - Keine/wenig Nebenpflichten

VI. Rechtsverfolgung und -durchsetzung

- **Vorprozessuales Stadium**
  - Vertragliche Ansprüche
    - Verzug des Lieferanten/Abnehmers
    - Geltendmachung von Mängeln, Verjährung, Rücktritt
    - Geltendmachung von Schadensersatz
  - Ansprüche aus Schutzrechten
    - Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen, Auskunftsansprüche, etc.
    - Geltendmachung von Freigabeansprüche bei Domain-Namen
    - Abmahnungen
- **Prozessuales Stadium**
  - Einstweilige Rechtschutzverfahren bei besonderer Dringlichkeit
    - Urheberrechtsverletzungen oder Verletzungen gewerblicher Schutzrechte
    - Wettbewerbsverstöße
  - Klageverfahren
    - Schutzrechtsprozesse
    - Zivilrechtliche Prozesse (Vertragliche Ansprüche, Schadensersatzansprüche aus deliktischer Handlung

Vorprozessuale Rechtsverfolgung Vertragsrecht

Vertragliche Ansprüche

- **Verzug des Lieferanten/Abnehmers**
  - Fristsetzung zur Nacherfüllung
  - Rücktritt oder Schadensersatz
- **Mängel, Verjährung, Rücktritt**
  - Gegner ist darlegungs- und beweispflichtig bis zur Übergabe, danach Umkehr der Beweislast
  - Unverzügliche Fehlermeldung
  - Verjährung: Erfüllung grds. 3 Jahre, Mängel grds. 2 Jahre ab Lieferung – ggf. Hemmung der Fristen durch Verhandlungen
  - Rücktritt: Forderung der Rückabwicklung – Verhandlung um Rückbaukosten, Ausbaukosten, Transport, etc.
- **Schadensersatz**
  - Geltendmachung unter Berücksichtigung etwaiger Schadensminderungspflichten (§ 254 BGB)

Vorprozessuale Rechtsverfolgung Urheberrecht

Ansprüche aus Schutzrechten

- **Urheberrecht**
  - Unterlassungsanspruch und Beseitigungsanspruch (§ 97 Abs. 1 UrhG)
  - Schadensersatzanspruch (§ 97 Abs. 1 UrhG)
  - Anspruch auf Vernichtung oder Überlassung (§ 98 Abs. 1 und 2 UrhG)
  - Auskunftsanspruch (§ 101 UrhG)
- **Weitergehende Folgen bei Urheberrechtsverletzungen**
  - Strafrechtlich § 106 Abs. 1 ff UrhG: Unerlaubte Verwertung: Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe
  - Strafrechtlich § 108b Abs. 1 UrhG: Unerlaubte Eingriffe in technische Schutzmaßnahmen (Umgehung von Kopierschutz): 1 Jahr oder Geldstrafe
  - Ordnungsrechtlich §111a: Verkauf, Vermietung und Verbreitung von Vorrichtungen und Erzeugnisse, die die Umgehung einer technischen Schutzvorrichtung ermöglichen: Bußgeld

Vorprozessuale Rechtsverfolgung Urheberrecht

- **§ 101 a Anspruch auf Vorlage und Besichtigung**

  (1) Wer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache in Anspruch genommen werden, die sich in seiner Verfügungsgewaltbefindet, wenn dies zur Begründung von dessen Ansprüchen erforderlich ist.(…)

  (2) Der Anspruch nach Absatz 1 ist ausgeschlossen, wenn die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist.

  (3) Die Verpflichtung zur Vorlage einer Urkunde oder zur Duldung der Besichtigung einer Sache kann im Wege der einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 bis 945 zur Zivilprozessordnung angeordnet werden. Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen die einstweilige Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners erlassen wird.

Vorprozessuale Rechtsverfolgung Urheberrecht

- Bestätigt, dass hinreichende – nicht erst erhebliche - Wahrscheinlichkeit reicht. Untersuchung erfolgt durch zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen
- Allerdings strittig, inwieweit die Details der Untersuchung oder ob nur das Ergebnis der Sachverständigenuntersuchung (Verletzung ja oder nein) mitgeteilt werden dürfen
  - Wohl keine Überlassung des Quellcodes im Verfügungsverfahren
  - Str., ob in Hauptsacheverfahren zunächst bloß (weitgehendes) „in camera"-Verfahren

Vorprozessuale Rechtsverfolgung Urheberrecht

Praxis: Fassung von Unterlassungsanträgen bei Software (BGH GRUR 2008, 357 – Planfreigabesystem)

- Steht nicht eindeutig fest, welches Computerprogramm mit einer bestimmten Bezeichnung gemeint ist, sind die sich auf ein solches Computerprogramm beziehenden Anträge auf **Auskunftserteilung und Rechnungslegung sowie auf Feststellung der Schadensersatzpflicht** - ebenso wie entsprechende Unterlassungsanträge - grundsätzlich nur dann hinreichend bestimmt, wenn sie den **Inhalt dieses Computerprogramms auf andere Weise so beschreiben, dass Verwechslungen mit anderen Computerprogrammen soweit wie möglich ausgeschlossen sind.**
- Dabei kann die gebotene Individualisierung des Computerprogramms durch Bezugnahme auf **Programmausdrucke oder Programmträger** erfolgen.

Vorprozessuale Rechtsverfolgung Schutzrechte

Schutzrechte

- Aufforderung zur Unterlassung, Auskunft, Schadensersatz
  - Urheberrecht (§ 97 UrhG)
  - Verstöße gegen gewerbliche Schutzrechte
    - Markenrecht (§ 14,15, MarkenG)
    - Patenrecht (§§ 9, 10 und 139 Abs. 1 PatG)
    - Gebrauchsmuster (§ 24 GebrMG)
    - Halbleiterschutz (§ 9 HalblSchG)
  - Wettbewerbsverstöße (§§ 8,9 UWG)
  - Geltendmachung der Freigabe von Domain Namen
- Häufig durch Abmahnungen - in Verbindung mit Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung

Prozessuale Rechtsdurchsetzung

Einstweiliges Verfügungsverfahren (§§ 935 ff ZPO)

- Eilverfahren bei besonderer Dringlichkeit
  - Es ergeht eine vorläufige Entscheidung…
  - …wenn ein Abwarten auf die Entscheidung im Hauptverfahren dem Betroffenen nicht zugemutet werden kann.
  - Darzulegen sind:
    - Rechtsanspruch (bloße Glaubhaftmachung, z.B. durch Abgabe eidesstattlicher Versicherung genügt!)
    - Ggf. erfolglose Abmahnung
    - Besondere Dringlichkeit
  - Gericht entscheidet durch Beschluss
  - Zustellung des Beschlusses bei Obsiegen an Gegenseite
    - Diese kann Widerspruch einlegen
    - Folge: Mündliche Verhandlung, in welcher Verfügung aufrechterhalten oder aufgehoben wird
  - Abgabe einer Abschlusserklärung oder ggf. Hauptsacheverfahren

Prozessuale Rechtsdurchsetzung - Verfügungsverfahren

- **Durchsetzbare Ansprüche im Verfügungsverfahren**
  - Grundsätzlich gilt: keine Vorwegnahme der Hauptsache, d.h. Entscheidung darf keinen endgültigen Charakter haben
    - Unterlassungsansprüche
    - Herausgabeansprüche (ggf. Sequestration)
    - Auskunftsansprüche nur ausnahmsweise bei Gefahr im Verzug
  - Darlegung des Sachverhalts und Glaubhaftmachung (Beweismittel: u.a. eidesstattliche Versicherung)
  - Anspruchsbegründung
- **Besondere Dringlichkeit**
  - Dringlichkeit ist glaubhaft zu machen (z.B. eidesstattliche Versicherung des drohenden unmittelbaren Schadens)
  - In Ausnahmefällen Dringlichkeitsvermutung (z.B. § 12 UWG)
  - Fristen der Antragstellung: Gerichte handhaben dies sehr unterschiedlich – i.d.R. gilt ein Monat ab Kenntnis als noch ausreichend. (Ausnahmen aber z.B. bei gescheiterten ernsthaften Vergleichsverhandlungen)

Prozessuale Rechtsdurchsetzung - Verfügungsverfahren

- **Erlass durch Beschlussverfügung**
  - i.d.R. ohne mündliche Verhandlung
  - Zustellung an Gegenseite durch Gerichtsvollzieher (ggf. Anwalt zu Anwalt)
- **Widerspruchsverfahren (§§ 936, 924 ZPO)**
  - Widerspruchseinlegung ist nicht fristgebunden, kann aber verwirkt sein (großzügige Bemessung)
  - Mündliche Verhandlung auf Aufhebung oder Aufrechterhaltung – Endurteil
- **Rechtsmitteleinlegung:** Berufung - Entscheidung in nächsthöherer Instanz
- **Kosten:** Gerichtkosten und Anwaltskosten sind von unterliegenden Partei zu tragen (auch Quotelung ist möglich). Höhe richtet sich nach Streitwert und wird aus der Tabelle der GKV/RVG ermittelt
- **Hauptsacheerzwingung (§§ 936, 926 ZPO):** Auf Antrag

Prozessuale Rechtsdurchsetzung - Klageverfahren

- **Klageantrag und Begründung**
  - Soweit dem Klageverfahren ein Mahnverfahren gemäß § 688ff ZPO (z.B. bei ausstehenden Vergütungsansprüchen) vorausgegangen ist, bedarf es nur noch einer Klagebegründung
  - Ist dem Klageverfahren ein einstweiliges Verfügungsverfahren vorausgegangen, so ist zu berücksichtigen, dass nun eine Erweiterung der Beweismittel zulässig ist (z.B. Parteivernehmung)
  - Zustellung an Gegenseite durch Gericht
- **Schriftliches Vorverfahren**
- **Mündliche Verhandlung**
  - Ggf. Beweisaufnahme
- **Entscheidung durch Urteil – ggf. Vergleich**
- **Rechtsmitteleinlegung** Berufung - Entscheidung in nächsthöherer Instanz
- **Kosten:** Gerichtkosten und Anwaltskosten sind von unterliegenden Partei zu tragen (auch Quotelung ist möglich). Höhe richtet sich nach Streitwert und wird aus der Tabelle der GKV/RVG ermittelt.

Fragen? Fragen!

- Rechtsanwältin Malini Nanda

  Fachanwältin für IT-Recht

  - Schalast & Partner Rechtsanwälte & Notare
  - Dorotheenstr. 54
  - 10117 Berlin
  - Tel.: 030/32 53 80 68
  - Malini.nanda@schalast.com
  - www.schalast.com